John Rawls. Justicia, liberalismo y razón pública

Iván Garzón Vallejo

Editor académico





Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

JOHN RAWLS:
JUSTICIA, LIBERALISMO Y RAZÓN PÚBLICA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Estudios Jurídicos, núm. 283

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Mayra Elena Domínguez Pérez
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

JOHN RAWLS: JUSTICIA, LIBERALISMO Y RAZÓN PÚBLICA

Iván Garzón Vallejo
Editor académico





UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2016

Clasificación LC	
JC578 J64	*John Rawls : Justicia, liberalismo y razón pública* -- editor, Iván Garzón Vallejo -- México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016
Clasificación IIJ	256 p. – (Serie Estudios Jurídicos, 283) ISBN 978-607-02-7719-1
W450 G296J	1. Rawls, John – Estudios Varios. 2. Justicia - Doctrina. 3. Liberalismo. 4. Filosofía del Derecho
	I. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas II. Garzón Vallejo, Iván, editor académico

Primera edición: 23 de marzo de 2016

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7719-1

CONTENIDO

Presentación IX
Iván GARZÓN VALLEJO

El legado de John Rawls a la filosofía política del siglo XXI: de la filosofía liberal de la justicia al modelo posliberal de democracia deliberativa 1
Oscar MEJÍA QUINTANA

Moralidad, racionalidad política y neoautoritarismo: notas sobre la justicia y el liberalismo político de John Rawls . . 37
José RODRÍGUEZ ITURBE

La discriminación en la justicia rawlsiana: ¿errores u omisiones? 61
Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA

Marx en Rawls 93
Jorge GIRALDO-RAMÍREZ

Consideraciones rawlsianas sobre los méritos y el acervo común y su incidencia en la propiedad intelectual 113
Juan Fernando CÓRDOBA MARENTES

El liberalismo rawlsiano y la propuesta libertaria 137
José OLIMPO SUÁREZ

Religión, agnosticismo y liberalismo 157
Iván GARZÓN VALLEJO

Desobediencia civil y razón pública 179
Joaquín MIGLIORE

De la imparcialidad al pluralismo razonable y del pluralismo a la circularidad semántica: sobre las razones de la sinrazón pública 205
Pilar ZAMBRANO

Autores 241

PRESENTACIÓN

Las efemérides son inmejorables pretextos para justificar por qué un autor debe ser leído y releído. Aunque, a decir verdad, para discutir la vigencia de Rawls no hace falta buscar un pretexto, que en noviembre de 2012 se cumplieran diez años de su muerte era una buena ocasión para rendirle homenaje a quien marcó un hito en la teoría política, jurídica y social del siglo XX.

Fue así como surgió el Seminario de Teoría Política Contemporánea *John Rawls, in memoriam, 10 años*, organizado por el Programa de Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, que tuvo lugar en Bogotá el 8 y 9 de noviembre de 2012. Durante dos días, estudiosos de Rawls provenientes de siete universidades y de cuatro países, presentaron al filósofo de Harvard desde diversos ángulos, con el ánimo de seguir explorando y poniendo al día una obra que parece inagotable.

Luego del encuentro, los ponentes nos propusimos recoger en una publicación una versión más acabada de los trabajos que habíamos presentado en el Seminario, con la inconfesada ilusión de hacer un modesto aporte a la discusión de la obra de Rawls en lengua española.

A las ya canónicas discusiones sobre la justicia, la igualdad y los derechos, se suman en este volumen unos trabajos que podrían resumirse en tres tópicos: la justicia, el liberalismo y la razón pública. No es casualidad que éstos coincidan con problemas que aluden más directamente a los últimos trabajos de Rawls —*Liberalismo político* (1993), *La idea de una razón pública revisitada* (1997), *La justicia como equidad: una reformulación* (2001) y *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe y Sobre mi religión* (2009)— que han suscitado mayor interés entre los lectores de su obra en los últimos

años, acaso por alguna saturación de los problemas de la *Teoría de la justicia* (1971).

Además de la imprescindible tarea de ubicar al autor intelectual y biográficamente en el contexto contemporáneo, lo cual da cuenta de su ingente producción académica, así como de su diálogo con las diferentes corrientes y escuelas teóricas, la cuestión de la *justicia* se aborda en este volumen a partir de la discusión acerca de las formas de discriminación actuales, que encajarían no sólo en los problemas de la teoría no ideal, sino propiamente en los asuntos que la teoría rawlsiana busca corregir. Esta reflexión sobre la justicia enmarca el incesante e inexplorado diálogo intelectual entre Rawls y Marx, así como las falencias que desde un modelo individualista y neoliberal evidencia el tratamiento de la propiedad intelectual, aspecto que ha ido cobrando mayor importancia en el contexto de una sociedad de la información y el conocimiento.

De qué forma se sitúa la obra rawlsiana en la tradición liberal americana y, específicamente, frente al libertarianismo, es una forma mediante la cual se problematiza su concepción del *liberalismo*. Este mismo tópico sirve de telón de fondo de su postura ante la religión, en la que aparece al tiempo un Rawls religioso o abierto a integrar las creencias en el liberalismo, y otro Rawls agnóstico y continuador de una perspectiva secularista.

La *razón pública* en cuanto parámetro de justificación pública de las decisiones jurídicas y políticas permite enmarcar los dilemas que la desobediencia civil y la objeción de conciencia presentan a su teoría no ideal de la justicia. Asimismo, el lector encontrará reflexiones acerca de los dilemas de razón pública como parámetro de decisión de los jueces, poniendo énfasis en sus insuficiencias conceptuales y epistemológicas, las cuales pueden corroborarse en el estudio del caso *Roe v. Wade*, de la Corte Suprema norteamericana.

Ojalá la lectura de las siguientes páginas susciten en el lector el mismo placer que a los autores nos proporcionó escribir nuevamente sobre Rawls, y reunirnos a discutir sobre su obra.

Agradezco a los profesores Jesús Rodríguez Zepeda, Pilar Zambrano, Joaquín Migliore, Jorge Giraldo Ramírez, Óscar Mejía Quintana, José Olimpo Suárez, José Benjamín Rodríguez Iturbe y Juan Fernando Córdoba por haber aceptado la invitación a que le hiciéramos un homenaje a Rawls en Bogotá. A la Universidad de La Sabana, por el auspicio del Seminario. A Carmen Ruiz por su impecable corrección de estilo. A Pilar Zambrano y Javier Saldaña por sus diligentes gestiones para la publicación del trabajo. Y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México por su interés y apoyo a nuestro proyecto editorial.

Iván GARZÓN VALLEJO

Bogotá, agosto de 2014

EL LEGADO DE JOHN RAWLS A LA FILOSOFÍA POLÍTICA DEL SIGLO XXI: DE LA FILOSOFÍA LIBERAL DE LA JUSTICIA AL MODELO POSLIBERAL DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Oscar MEJÍA QUINTANA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La* Teoría de la justicia. III. *Autocrítica al liberalismo kantiano*. IV. *Recepción de Marx, Hegel y el republicanismo*. V. Political Liberalism (1993/1997). VI. *Razón pública y filosofía política*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El pensamiento de John Rawls constituye para muchos el resurgimiento de la filosofía política en la segunda mitad del siglo XX. Se origina, cronológicamente, con la publicación de *A Theory of Justice* (1971), cuyos trazados establecen un audaz intento por fundamentar una nueva concepción de la moral, la política y el derecho, y de sus relaciones entre sí, con sustanciales connotaciones para el desarrollo institucional de la democracia e inaugurando con ello un proyecto alternativo.

La *Teoría de la justicia* termina de redondear la crítica al utilitarismo que Rawls había emprendido veinte años atrás, cuando decide acoger la tradición contractualista como la más adecuada para concebir una concepción de justicia como equidad capaz de satisfacer por consenso las expectativas de igual libertad y justicia

distributiva de la sociedad. Para ello concibe un procedimiento de consensualización, *la posición original*, del que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas, unos principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social (Rawls, 1979).

El diseño rawlsiano genera un debate sin precedentes en el campo de la filosofía política, que, aunque se inicia en los Estados Unidos, se extiende rápidamente a Europa y a otras latitudes por sus implicaciones para la crítica y reestructuración institucional de la democracia liberal decimonónica, en el marco tanto de una severa crisis de legitimidad como de una tendencia globalizadora, de carácter neoconservador —en nuestras latitudes, neoliberal— que exige radicales reformas internas a la misma.

Las primeras reacciones a la propuesta rawlsiana, en la misma década de los años setenta, van a provenir, desde la orilla liberal, de los modelos neocontractualistas de Nozick (1988) y Buchanan (1975), siguiendo a Hobbes y Locke, respectivamente, y más tarde, aunque en forma menos sistemática, la del mismo Hayek (1995). Un tanto tardía, diez años después, Gauthier (1994) de igual modo se inscribe en el marco de esta crítica neoliberal a Rawls. Todas tienen como denominador común: la reivindicación de la libertad sin constricciones, la autorregulación de la economía sin intervencionismo estatal, la minimización del Estado y la reivindicación del individuo y su racionalidad instrumental.

Iniciando la década de los años ochenta se origina la reacción comunitarista de MacIntyre (1989), Taylor (1989), Walzer (1983) y Sandel (1982), que da origen a una de las más interesantes polémicas filosófico-políticas del siglo XX (Mulhall & Swift, 1992). Ellos configuran una especie de versión contemporánea de los "Jinetes del Apocalipsis" por lo radical de la reacción y la sustancial confrontación que plantean a todo el proyecto (neo) liberal de la modernidad.

Ronald Dworkin, con su propuesta de una comunidad liberal (1996) y la necesidad de que el liberalismo adopte una ética de la igualdad, fundamenta la posibilidad de que, coexistiendo con sus principios universales de tolerancia, autonomía del individuo y neutralidad del Estado, el liberalismo integre valores reivindicados por los comunitaristas como necesarios para la cohesión de la sociedad, tales como la solidaridad y la integración social, en un nuevo tipo de "liberalismo integrado o sensible a la comunidad".

Will Kymlicka (1995) tercia en toda esta discusión intentando crear una teoría liberal sensible a los supuestos comunitaristas que equilibre tanto los derechos humanos, irrenunciables para la tradición liberal, como los derechos diferenciados en función de grupo, aquellos que permitirían la satisfacción de las exigencias y reivindicaciones de las minorías culturales que no pueden abordarse exclusivamente a partir de las categorías derivadas de los derechos individuales.

La discusión se revigoriza con la publicación del libro de Rawls, *Political Liberalism*, en sus dos ediciones de 1993 y 1997, donde es innegable la influencia determinante tanto del arsenal comunitarista (y su lectura de Hegel y más tarde de Marx) como de la tradición republicana, forzando una revisión de los principios liberales decimonónicos y dando origen a un nuevo tipo de liberalismo político que pocos se atreverían a identificar con su antecesor.

En el marco de todo este contexto, el escrito pretende ilustrar, como hipótesis de trabajo, la siguiente:

La *Teoría de la justicia* representa una crítica de carácter postliberal a la democracia liberal decimonónica y funcional, oponiendo al modelo de democracia de mayorías un modelo consensual donde la posibilidad de desobediencia civil deviene un puntal estructural de la legitimidad del sistema y el reconocimiento y subsunción de la disidencia el imperativo, moral y político, del ordenamiento. Por su parte, *El liberalismo político* representa la asunción crítica de los argumentos comunitaristas, catalizado por

la lectura tanto de Hegel y Marx y sus conceptos de reconciliación, eticidad e injusticia del capitalismo, como de la tradición republicana, y su concepto de deliberación ciudadana, permitiéndole a Rawls su ruptura definitiva con el liberalismo procedimental y su concreción de un sistema político normativamente incluyente, que le permite concretar su modelo de democracia constitucional deliberativa, logrando así estabilizar —en el conjunto de su obra— la relación trilemática legitimidad-validez-eficacia en la consideración e interpretación de los ordenamientos jurídico-políticos.

En orden a ilustrar esta hipótesis, el texto realiza, en primer lugar, un repaso de la *Teoría de la justicia*, donde se reconstruyen sus principales constructos que, en últimas, constituyen una de las más originales propuestas por estabilizar la relación legitimidad-validez-eficacia en los ordenamientos jurídico-políticos (1). Inmediatamente, abordamos los dos textos sobre constructivismo kantiano en teoría moral y la reafirmación de la justicia como equidad como una concepción política y no metafísica, donde Rawls responde a las críticas comunitaristas y neopragmáticas iniciando su proceso de ruptura con el liberalismo y la filosofía kantiana (2).

Enseguida se explora la recepción rawlsiana de Marx, Hegel y el republicanismo y su influencia en la obra tardía de Rawls, claves decisivas para entender el giro que más tarde sistematizará en *LP* (3). Giro que se concreta en las propuestas de *El liberalismo político*, destacando aquí las del pluralismo razonable, el consenso entrecruzado y la razón pública, que consagran, paradójicamente, su ruptura con el liberalismo procedimental y su propuesta de una democracia constitucional deliberativa (4). Por último, se abordan las reformulaciones finales de Rawls sobre la idea de razón pública revisitada y el papel de la filosofía política, donde el ascendiente de Hegel y Marx es indudablemente relevante (5).

II. La *Teoría de la justicia* (1971)

1. *El momento de legitimidad: los principios de justicia*

La crisis de legitimidad de la sociedad contemporánea pretenderá ser superada por John Rawls a través de unos principios de justicia consensualmente concertados que permitan orientar y corregir el ordenamiento jurídico-político desde unos criterios que puedan satisfacer las expectativas, diferencias y desigualdades de la pluralidad de sujetos colectivos que conforman la ciudadanía. El paradigma del derecho que se deduce de esta concepción política de la justicia plantea un procedimiento consensual de construcción jurídica en la concepción, concreción y ejecución de contenidos, instrumentos y productos jurídico-legales de todo orden.

Desde la *Teoría de la justicia* Rawls ha concebido este procedimiento de argumentación consensual como el instrumento para garantizar que los principios de justicia social o cualquier tipo de principios normativo-procedimentales que deban orientar la sociedad sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad y validez normativa de los mismos (Rawls, 1979: 35-40).

El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior (Rawls, 1979: 36). El velo de ignorancia, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la potencial discusión simétrica pública sobre la estructura básica de la sociedad, asegurando la libertad e igualdad argumentativas de los seres humanos y grupos sociales, con el fin de garantizar que la concepción pública de la justicia que se concierte sea el fruto de un procedimiento dialógico amplio y participativo.

La concepción de justicia pública que de ello se deriva no sólo constituye el fundamento dialógico-moral, extrasistémico, de todo el ordenamiento jurídico político, sino que, simultáneamente, es un criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De allí se desprenden tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre cualesquiera leyes y medidas que afectan el orden social, tanto en su esfera pública como privada.

2. *El momento de la validez: la desobediencia civil*

En la *Teoría de la justicia*, el concepto de desobediencia civil aparece como la parte final de las instituciones de la justicia, después de todo el proceso de fundamentación que Rawls había venido adelantando en los capítulos anteriores. De aquí puede deducirse que Rawls delimita su teoría de la desobediencia civil a un marco político específico. Efectivamente, para Rawls, la desobediencia civil encuentra el ambiente propicio para su desarrollo en una sociedad casi justa, en su mayor parte bien ordenada y, por consiguiente, en una sociedad democrática que no está exenta de cometer injusticias contra una parte de sus integrantes.

Una vez establecido este marco, se puede entrar a estudiar la definición de desobediencia civil que aporta Rawls. Ésta se concibe como un "acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno" (Rawls, 1979: 332). La desobediencia civil es un mecanismo de excepción con el que cuentan las minorías para defenderse de una mayoría que promulga leyes que están perjudicándolas y no quiere hacer caso a sus reclamos y exigencias.

A través de la desobediencia civil se está apelando al sentido de justicia de la sociedad, argumentando la violación del acuerdo consensual original representado en los principios de justicia.

Rawls plantea que "la desobediencia civil es un acto político, no sólo en el sentido que va dirigido a la mayoría que ejerce el poder político, sino también porque es un acto guiado y justificado por principios políticos, es decir, por los principios de justicia que regulan la constitución y en general las instituciones sociales" (Rawls, 1979: 333).

Dentro de la sociedad, el manejo de la desobediencia civil resulta ser algo muy delicado, por lo cual Rawls coloca una serie de condiciones para su correcto ejercicio: en primer lugar, la desobediencia civil se aplica a casos claramente injustos, como aquellos que suponen un óbice cuando se trata de evitar otras injusticias. Se trata de restringir la desobediencia a las violaciones de los dos principios de justicia consensuados, aunque de manera más especifica a la violación del principio de libertad. Se concibe, además, como el último recurso en ser utilizado, una vez que han sido agotadas todas las vías legales debido a la falta de atención e indiferencia de las mayorías.

Finalmente, la desobediencia civil debe darse dentro de un marco de absoluto respeto a la ley, porque ella "expresa la desobediencia a la ley dentro de los límites de la fidelidad a la ley, aunque está en el límite extremo de la misma" (Rawls, 1979: 334). Con ella "se viola la ley, pero la fidelidad a la ley queda expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta" (Rawls, 1979: 334).

Para Rawls, esta última condición resulta ser muy importante, pues permite probar a las mayorías que el acto del desobediente es político, sincero y legítimo, lo que apoya el llamado que se hace a la concepción de justicia de la sociedad. Para que la desobediencia civil dé resultados favorables, Rawls también señala una serie de restricciones o precauciones que deben tener en cuenta los desobedientes: no se debe pretender colapsar o desestabilizar el sistema, se debe estar seguro de la imposibilidad de recurrir a los medios legales y se debe realizar un estudio concienzudo de la situación para examinar la conveniencia del acto

de desobediencia, y de ser necesario recurrir a formas alternativas de protesta.

Pese a todo, Rawls reconoce la posibilidad de una radicalización de la desobediencia civil, llegando a adquirir formas violentas en caso de no ser debidamente atendidas las demandas de los desobedientes. Puesto que "quienes utilizan la desobediencia civil para protestar contra leyes injustas no están dispuestos a desistir de su protesta en caso que los tribunales no estén de acuerdo con ellos" (Rawls, 1979: 333), esta situación no deslegitima el acto de desobediencia. En este punto surge la pregunta por cuál es la última instancia posible para evaluar las razones y los actos de los desobedientes. El último tribunal de apelación, sostiene Rawls, es el electorado en general.

No hay peligro de anarquía en tanto haya cierto acuerdo entre las concepciones de justicia que detentan los ciudadanos. Aunque la desobediencia civil está justificada, lo cierto es que parece amenazar la concordia ciudadana. En ese caso, la responsabilidad no recae en aquellos que protestan, sino en aquellos cuyo abuso de poder y de autoridad justifica tal oposición, porque usar el aparato coercitivo para mantener instituciones injustas es una forma de fuerza ilegítima a la que los hombres tienen derecho a resistirse.

Para concluir, vale la pena recordar que el adecuado uso de la desobediencia civil garantiza y fortalece la estabilidad del sistema político, pues por medio de ella se refuerzan las instituciones justas, permite rechazar las injusticias y corregir las divergencias y disputas. A través de medios como la desobediencia civil logran encontrar anclaje en la realidad las figuras y constructos de la democracia constitucional, que por momentos resultan ser excesivamente formales y teóricos.

3. *El momento de la eficacia: el* Reflective Equilibrium

Sin embargo, en el campo de la filosofía práctica existe un constructo aún más radical que la misma desobediencia civil: el

equilibrio reflexivo, con el cual la plausibilidad de los principios se irá comprobando paulatinamente al contraponerlos con las propias convicciones y contrastarlos con orientaciones concretas en situaciones particulares (Schmidt, 1992). Esta figura admite dos lecturas; la primera es metodológica, y consiste en buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados.

En este momento se denomina equilibrio porque "...finalmente, nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación" (Rawls, 1979: 38). Este equilibrio no se concibe como algo estable o permanente, sino que se encuentra sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial.

No basta justificar una determinada decisión racional, deben justificarse también los condicionantes y circunstancias procedimentales. En este sentido, se busca confrontar las ideas intuitivas sobre la justicia, que todos poseemos, con los principios asumidos, logrando un proceso de ajuste y reajuste continuo hasta alcanzar una perfecta concordancia. En este proceso tienen cabida tanto los juicios éticos como las concepciones morales de los individuos. Para esta lectura el equilibrio reflexivo se constituye en una especie de auditaje subjetivo desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios, pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo con las nuevas circunstancias.

Ello se convierte en un recurso individual que garantiza que el ciudadano, en tanto persona moral, pueda tomar distancia frente a las decisiones mayoritarias que considere arbitrarias e inconvenientes; de esta manera, la "exigencia de unanimidad... deja de ser una coacción" (Rawls, 1979: 623). La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar.

El equilibrio reflexivo es la polea que permite articular la dimensión política con la individual, dándole al ciudadano, como persona moral, la posibilidad de replantear los principios de justicia y la estructura social que se deriva de ellos cuando sus convicciones así se lo sugieran. De esta manera, Rawls pretende resolver la contradicción que había quedado pendiente en el contractualismo clásico entre la voluntad general y la autonomía individual, que Kant había intentado resolver sin mucha fortuna.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad en general. Sólo cuando desde tales ámbitos los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente, se completa el proceso. En este punto pueden darse varias alternativas: la primera es la aceptación de los principios, y del ordenamiento jurídico-político derivado de ellos, por su congruencia con nuestro sentido vital de justicia.

La segunda es la marginación del pacto, pero reconociendo que los demás sí pueden convivir con ellos, y que es una minoría la que se aparta de sus parámetros, reclamando tanto el respeto para su decisión como las mismas garantías que cualquiera puede exigir dentro del ordenamiento. La tercera es el rechazo a los principios y la exigencia de recomenzar el contrato social; es decir, el reclamo por que el disenso radical sea tenido en cuenta para rectificar los términos iniciales del mismo. Normativamente significa que el pacto nunca se cierra y que siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de replantearlo.

III. Autocrítica al liberalismo kantiano

1. Kantian Constructivism in Moral Theory *(1980): adiós a Kant*

Ante las múltiples críticas de liberales y comunitaristas, Rawls se permite corregir y llenar los vacíos que evidencian sus críticos

(Rawls, 1986: 138-154). El resultado es el ciclo de conferencias en torno al constructivismo kantiano en teoría moral que pronunció en Harvard en 1980 (las *Dewey Lectures*). Aquí, aunque rescata de la teoría kantiana elementos como la autonomía y el procedimiento de consensualización (Carracedo, 1990), comienza a evidenciarse la toma de distancia frente a Kant, y, en cierto modo, la asunción de muchas de las críticas del comunitarismo (Camps, 1997; y Höffe, 1988).

En *El constructivismo kantiano en teoría moral*, Rawls da capital importancia al concepto de persona moral (con el que toma distancia del de *agente* de *TJ*) y las facultades que ésta posee: sentido de justicia y concepción de bien, con lo cual está reconociendo que los integrantes de la posición original son, en últimas, las comunidades. Por supuesto, mantiene el constructivismo kantiano cuyo objetivo político fundamental es superar el conflicto que ha desgarrado a la democracia liberal, pero planteando como sujeto del proceso a la persona moral del ciudadano (en tanto comunidad) que tendrá que conciliar, razonablemente, las libertades cívicas (pensamiento, conciencia, propiedad) con las libertades políticas de la sociedad.

En efecto, la persona moral posee dos facultades morales: la capacidad para un sentido de justicia efectivo y la capacidad para formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien (Bonete Perales, 1990). De ello se desprende un tercer interés de orden superior: proteger y promover su concepción del bien. La persona moral, a diferencia del agente, ya no se orienta estratégicamente sino en defensa de su modelo de vida buena. Las partes no se someten a principios a priori de justicia y se orientan por un interés de orden supremo: realizar su concepción de bien. En otras palabras, a su concepción de vida buena. Con lo cual Rawls responde a la crítica comunitarista, marcando su acercamiento a la misma.

La autonomía plena no sólo se garantiza por el procedimiento de decisión consensual al interior de la posición original, sino que se realiza en la vida diaria de los ciudadanos. Aquí se produ-

ce otro sustancial cambio en el planteamiento rawlsiano de *TJ*: lo razonable subordina y presupone lo racional. Lo cual quiere decir, simplemente, que la deliberación sustancial tiene, en últimas, prioridad sobre los elementos formales del procedimiento. Rawls defiende el procedimiento de consensualización, pero reconoce, como responderá a Richard Rorty, que la deliberación tiene prelación sobre aquél: es la prioridad de lo razonable sobre lo racional (Rorty, 1996: 215).

2. Justice as Fairness: Political no Metaphisical *(1985)*

Si bien el texto anterior ya respondía a las críticas comunitaristas, que se acentuarían en el lustro siguiente, *Justice as Fairness: Political no Metaphisical* (Rawls, 1985), constituye una respuesta integral al conjunto de argumentaciones cuestionando el modelo original de *Theory of Justice* (*TJ)* pero, al mismo tiempo, dándoles razón a las mismas y reconociendo la legitimidad de sus objeciones. En ese sentido, el escrito se configura como un ensayo-bisagra que cierra su etapa anterior aclarando el modelo de *TJ* y abre la siguiente que culminará con *Political Liberalism* (Rawls, 1993b, *LP*).

El texto, que será más tarde integrado casi en su totalidad al primer capítulo de *LP* "Fundamental Ideas" (Rawls, 1993a: 3-46), plantea las ideas-guía de su giro de una manera concisa y clara. La primera es que la justicia como equidad es una concepción política de la justicia, y en tal sentido *TJ* falló al no precisar con fuerza este punto y propiciar una identificación con una determinada postura filosófica y antropológica, de la que ya comienza a tomar distancia. Si bien representa una postura moral, es sustancialmente política, porque busca aplicarse a las instituciones políticas, económicas y sociales de una democracia constitucional, y no se trata, por el contrario, de una interpretación moral de las instituciones básicas. Es política, además, en la medida en que está soportada por un reconocimiento público

a la concepción de justicia de un Estado democrático (Rawls, 1999: 389 y 390).

La justicia como equidad como concepción política de la justicia se sustenta igualmente, primero en la idea de la cooperación social, en tanto términos justos de cooperación razonables para todas las minorías y no una mera coordinación funcional de actividades, así como una idea de persona, tal como ya lo había sugerido en *El constructivismo kantiano*…, que en lo esencial remite a la consideración de que el conjunto de comunidades deben realizar su sentido de justicia y su concepción de bien (Rawls, 1999: 395-399).

La segunda idea-guía es que la justicia como equidad es una alternativa al utilitarismo dominante. La necesidad de una cultura política pública requiere un consenso frente a esta doctrina que se presenta como hegemónica en el contexto angloamericano y que precisa ofrecer una vía razonable que interprete las profundas bases de una cultura política pública en una democracia constitucional. De ahí el rechazo a cualquier perspectiva religiosa, moral, metafísica o epistemológica que pretenda imponerse sobre las demás, rompiendo el principio de tolerancia, base de la modernidad política, abortando con ello la posibilidad de reconciliación a través de la razón pública (Rawls, 1999: 390-395).

La tercera idea-guía es la concepción política de persona, que supone una aclaración sobre las personas morales en la posición original. De nuevo, Rawls precisa que la posición original configura un modelo de representación que no se compromete con ninguna doctrina metafísica, y que su esencia es permitir, básicamente, la libertad e igualdad de todas las perspectivas a su interior y la posibilidad de convergencia de las mismas al nivel más alto de generalidad que un contrato social pueda propiciar sin ser desvirtuado por los intereses particulares de algunas de ellas (Rawls, 1999: 399-403). En ese orden, la concepción política de persona supone tres aspectos cosustanciales: primero, la libertad de los ciudadanos para tener una concepción de bien; segundo, el considerarse fuentes autooriginantes de pretensiones

y reclamos; tercero, su responsabilidad frente a sus propios fines (Rawls, 1999: 403-408).

Estas tres ideas-guía son complementadas por dos observaciones adicionales. La primera, la de la justicia como equidad como una visión liberal, pero no en términos omnicomprehensivos y metafísicos, sino, más bien, en cuanto todas las perspectivas se reconocen en los mínimos de una cultura política que defiende una democracia constitucional, lo que supone un *overlapping consensus* de todas las visiones sobre los mismos.

Frente al liberalismo filosófico sustentado desde una perspectiva política específica, estaríamos hablando de un liberalismo sociológico que, de facto, reconoce el consenso de todas las visiones políticas particulares (Rawls, 1999: 408-411). Y la segunda, la de la unidad social y la estabilidad que insiste en la necesidad de aceptar la pluralidad de visiones omnicomprehensivas como condición de estabilidad de la sociedad con lo cual se descarta la dominación o imposición hegemónica de una visión determinada que no tenga en cuenta la presencia de las demás minorías (Rawls, 1999: 411-414).

IV. Recepción de Marx, Hegel y el republicanismo

1. *La recepción de Marx*

El libro *Lectures on the History of Political Philosophy*, publicado en 2007, ha ofrecido nuevas claves para una reconstrucción integral del pensamiento rawlsiano. Aquí queda claro cómo a partir de 1983, antes de la redacción de *Justicia como equidad: política, no metafísica* (1985), Rawls comienza su recepción de Marx de manera sistemática, como plantea Samuel Freeman, editor de esas *Lecciones*…, en el prólogo:

> En 1983, el último curso en que enseñó figuras históricas sin incluir *TJ*, Rawls dedicó lecciones a Hobbes, Locke, Hume, Mill y

> Marx... En 1984, Rawls volvió a enseñar partes de su *TJ* combinadas con Locke, Hume, Mill, Kant y Marx. Poco después, suprimiría a Kant y Hume de su asignatura de filosofía política para añadir unas cuantas clases sobre Rousseau. Durante ese periodo, redactó las versiones finales de las lecciones sobre Locke, Rousseau, Mill y Marx… (Freeman, 2009: 13).

Y más adelante puntualiza: "Al haber sido impartidas con regularidad durante los últimos diez o doce años de la carrera docente de Rawls, las lecciones del presente volumen de Locke, Rousseau, Mill y Marx son las más acabadas y completas. Rawls las escribió y las guardó en archivos informáticos, por lo que fue adaptándolas o perfeccionándolas con los años hasta 1994" (Freeman, 2009: 13 y 14).

Para concluir:

> Quizás fueron las lecciones sobre Marx las que más evolucionaron con los años. A principios de 1980, Rawls avalaba la opinión de que Marx no tenía una concepción de la justicia… En las lecciones aquí incluidas, sin embargo, revisa esa postura… La interpretación rawlsiana de la teoría del valor-trabajo de Marx trata de separar el desfasado componente económico de las ideas del autor alemán de la que considera su meta principal, que define como una respuesta contundente a la teoría de la distribución justa en función de la productividad marginal y a otras concepciones del liberalismo clásico y del "libertarianismo" de derecha, para las que la propiedad pura contribuye de manera tangible a la producción (Freeman, 2009: 15).

No es este el espacio para desarrollar en detalle esta recepción de Marx, donde queda claro cómo la crítica al liberalismo no sólo se nutre de Hegel y del republicanismo, sino también de Marx, pese a la distancia que Rawls se esfuerza en mantener con el marxismo autoritario. Pero es claro su giro frente al marxismo precisamente en el punto decisivo de reconocer una teoría de la justicia en Marx y no simplemente "un concepto ideológico" para justificar su concepción política (Freeman, 2009: 15).

La influencia en Rawls de Gerald A. Cohen, Norman Geras y Allen Wood, connotados teóricos marxistas, deja clara la influencia que en el útimo Rawls tuvo el socialismo democrático, como él mismo defendía:

> Permítanme hacer un breve comentario sobre la importancia de Marx. Habrá quien piense que, con la reciente caída de la Unión soviética, la filosofía y la economía socialistas de Marx han perdido significación para el mundo actual. Yo creo que eso sería un grave error… por dos motivos. En primer lugar, porque aunque el socialismo de planificación centralizada… ha quedado totalmente desacreditado, no se puede decir lo mismo del socialismo liberal… El otro motivo… es que el capitalismo de libre mercado tiene graves inconvenientes que deben ser… reformados de manera fundamental (Rawls, 2009: 398).

Frente a su consideración de que Marx, efectivamente, condena al capitalismo como un sistema injusto, y que, por lo tanto, defiende en contrario una concepción de justicia frente al mismo, Rawls precisa el ideal que animaría a Marx como el de "una sociedad de productores libremente asociados" (Rawls, 2009: 433-ss.) entendida ésta como un proyecto que se realiza en dos fases: una etapa socialista y otra comunista que, en conjunto, responde a dos características sustanciales: la primera, lo que Rawls denomina "la desaparición de la conciencia ideológica", es decir, la condición de conocimiento pleno y objetivo sobre su situación y el rechazo a toda falsa conciencia sobre su condición; y la segunda, la de una sociedad donde ha desaparecido tanto la "alienación [como la] explotación" (Rawls, 2009: 439).

Es interesante observar la incidencia explícita que ya tiene en Rawls el concepto de alienación, que sin duda se verá íntimamente complementado con el de reconciliación que adoptará posteriormente de su recepción de Hegel. El apartado sobre "Una sociedad sin alienación" da cuenta, precisamente, retomando tanto las obras del joven Marx (*Manuscritos*) como del Marx maduro (*Grundrisse* y *Crítica del Programa de Gotha*) la inci-

dencia que la categoría tiene para Rawls en términos de lograr una sociedad de productores libremente asociados que, en cierta forma, el subsumirá en su fórmula de una *democracia de propietarios* (Rawls, 2002b: 185-188).

2. *Lecciones sobre Hegel*

Por otra parte, las últimas lecciones que dicta Rawls sobre filosofía moral en la Universidad de Harvard, y que son compiladas y editadas por una de sus asistentes, Barbara Herman, versan sobre la filosofía del derecho de Hegel y el concepto de eticidad, y datan, según prologa la compiladora, de 1991 (Hermann, 2001: 13).

En efecto, las lecciones sobre Hegel básicamente abordan dos temáticas: por una parte, la *Filosofía del derecho*, donde se destaca un punto que empieza a ser clave en la obra de Rawls a partir de este momento y que se afianza, precisamente, en *La justicia como equidad: una reformulación*. Es la categoría de reconciliación (Rawls, 2002a: 347-353). Recordemos que la reconciliación está íntimamente relacionada con la categoría de alienación, y que es prácticamente consustancial a ésta.

La historia se concibe como un proceso cósmico de desgarramiento, donde la idea de libertad se aliena primero en la naturaleza, y posteriormente en la historia misma de la humanidad (el espíritu para Hegel) donde, a su vez, en un triádico proceso de alienación —el del espíritu subjetivo, el objetivo y el absoluto— el hombre supera la alienación y se reconcilia con la idea de libertad. Ésta, como vimos, es la alternativa que adopta la *Fenomenología del espíritu* en 1806.

El giro que significa la *Filosofía del derecho*, en donde el Estado es la figura social e histórica que permite superar la alienación, mantiene el sentido permanente de la reconciliación, a saber: la superación de la alienación y, por ende, el logro de la verdadera emancipación. La reconstrucción de la *Rechtsphilosophie* en las *Lecciones*… reconstruye las figuras hegelianas de la voluntad libre,

la propiedad privada y la sociedad civil, que constituyen en Hegel la crítica al contractualismo en la perspectiva de la superar la alienación que el pensamiento liberal ha propiciado con estas figuras y lograr así la reconciliación integral que no se alcanza a través de ellas.

Sin duda, Hegel pondrá de presente que el contractualismo esconde una condición original de injusticia entre poseedores y desposeídos, y pretende ocultar esta ecuación inequitativa a través de la supuesta igualdad formal del contrato, que el reconocimiento legal de la propiedad privada y consolidación de la sociedad civil pretenden mimetizar.

La reconstrucción conduce a la figura de la *Sittlichkeit*, que en la forma del Estado constituirá para Hegel la reconciliación histórica de la humanidad. El Estado no sólo permite conciliar la sociedad tradicional con la sociedad civil burguesa que tiende a destruirla, sino que se representa igualmente el momento de reconciliación total a nivel social e histórico, es decir, la superación de la alienación en ese momento determinado. Reconociendo en Hegel un crítico del liberalismo, un liberalismo formal y vacío, Rawls explorará una tercera alternativa a través de la propuesta de Rousseau y Kant de una “fe razonable” en orden a concebir el Estado “como una totalidad concreta, una totalidad articulada en sus grupos particulares” (Rawls, 2002a: 380), en línea prácticamente con una concepción de deliberación republicana, de proyección cosmopolita adicionalmente. El liberalismo político que Rawls opondrá al liberalismo de mayorías adquiere aquí su consistencia definitiva.

3. *El republicanismo*

En su desarrollo, el republicanismo se ha dividido históricamente en dos vertientes básicas: el republicanismo anglosajón o neorrepublicanismo (donde se destacan autores como Skinner y Pocock) y la línea francesa o post-republicanismo, que suscriben Mesure y Renaut y Ferry (Mesure & Renaut, 2000). Una tercera

versión del republicanismo es el que sistematiza Pettit (2000), sin duda el más radical, en una versión irlandesa. La influencia que Rawls reconocerá explícitamente en *LP* será la del republicanismo anglosajón, especificamente de Skinner, tomando distancia total de la lectura de Pocock, cuyo planteamiento definirá como el de un humanismo cívico, incompatible con su justicia como equidad.

El republicanismo, que durante gran parte de la modernidad había permanecido desconocido y poco trabajado, fue reintroducido en el debate filosofíco político a mediados de los setenta por obras de Quentin Skinner y J. G. A. Pocock (Pocock, 1975; y Skinner, 1990). Quienes realizaron una recuperación del pensamiento de Nicolás Maquiavelo y pretendieron encontrar en él una teoría constitutiva para un tercer movimiento surgido de la modernidad, alternativo tanto al liberalismo como al socialismo.

Skinner coloca el origen del ideal republicano en la filosofía moral romana, y especialmente en los planteamientos de autores que constribuyeron a dar realce al ideal de la República, como fueron Livio, Salustio y Cicerón. Con posterioridad a Roma, este ideal fue recuperado en la Italia del Renacimiento, y de manera paradigmática por Maquiavelo, quien hizo uso de él para desarrollar su propuesta sobre la autonomía de las ciudades-Estados de la época, como independientes y completamente ajenas al poder de la Iglesia. Bajo la influencia de Maquiavelo, autores ingleses, como James Harrington y John Milton, adelantaron defensas acerca de los Estados libres, que terminaron cristalizando en la independencia de los Estados Unidos (Skinner, 1992a).

Skinner (1992b; y 1998) parte de la reformulación del ideal republicano, tal como aparecía expresado en la obra de Maquiavelo, para concluir que el republicanismo no podía interpretarse como un movimiento antimoderno en su esencia, puesto que la tradición maquiavélica en su integridad presenta una reivindicación de la libertad negativa. La principal propuesta de Skinner sostiene que para construir el ideal republicano se debe tener como punto fundamental una serie de virtudes cívicas dentro de las que figuraban, entre otras:

> …la igualdad, la simplicidad, la honestidad, la benevolencia, la frugalidad, el patriotismo, la integridad, la sobriedad, la abnegación, la laboriosodad, el amor a la justicia, la generosidad, la nobleza, la solidaridad y, en general, el compromiso con la suerte de los demás… [Pues] sólo gracias a la presencia de ciudadanos así dispuestos hacia su comunidad la república iba a tener la oportunidad de sobrevivir frente a contratiempos seguros (Gargarella, 1999: 164).

En esta línea también se encuentra Pocock, quien parte del rechazo a la separación, originada por el liberalismo, entre derecho y moral, que se constituirá en la base de una estrategia de regeneración moral, donde se desarrollará como ideal ético la idea de un humanismo cívico, y de esa manera recuperan la idea tocquevilliana de un republicanismo político, puesto que

> …la comunidad debe representar una perfecta unión entre todos los ciudadanos y todos los valores dado que, si fuera menos que eso, una parte gobernaría en el nombre del resto [consagrando así] el despotismo y la corrupción de sus propios valores. El ciudadano debe ser un ciudadano perfecto dado que, si fuera menos que eso, impediría que la comunidad alcanzase la perfección y tentaría a sus conciudadanos… hacia la injusticia y la corrupción… La negligencia de uno solo de tales ciudadanos, así, reduce las oportunidades de todo el resto, de alcanzar y mantener la virtud, dado que la virtud aparece ahora politizada; consiste en un ejercicio compartido donde cada uno gobierna y es gobernado por los demás (Pocock en Gargarella, 1999: 164 y 165).

V. *Political Liberalism* (1993/1997)

1. *El pluralismo razonable*

Esta obra de 1993/1997 culmina una larga serie de revisiones que Rawls introduce a la versión original de su *Teoría de la justicia. Political Liberalism* recoge el núcleo de aquéllas e integra una nueva

visión de la justicia, que, como ya había planteado en 1985, define como concepción política de la misma, la cual consolida el giro sustancial ya asumido. El libro formula varios cambios de fondo; el más importante consiste en la distancia que toma frente al kantismo y la definición de un constructivismo no comprehensivo, como columna metodológica de su teoría. Pese a que mantiene varios conceptos que Rawls siempre ha sostenido que se han inspirado en la filosofía moral kantiana (Höffe, 1988), ahora pone énfasis en las diferencias que distinguen su concepción del liberalismo de Kant.

El liberalismo político representa, así, la asunción crítica de los argumentos comunitaristas y la crítica al liberalismo clásico, mediado por la lectura tanto de Hegel y sus conceptos de reconciliación y eticidad como de Marx y su concepción del capitalismo como un sistema injusto, al igual que de la tradición republicana y su concepto de deliberación ciudadana, permitiéndole a Rawls su ruptura definitiva con el liberalismo doctrinario y su concreción de un modelo de sistema político normativamente incluyente (Rawls, 1996a).

En efecto, para Rawls la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dado un contexto democrático compuesto por una diversidad de clases y grupos a su interior, es la de un pluralismo razonable de doctrinas omnicomprensivas razonables en el marco de una cultura tolerante y unas instituciones libres.

El fundamento normativo de este pluralismo razonable debe ser, según Rawls, una concepción política de la justicia consensualmente concertada por el conjunto de sujetos colectivos comprometidos con una sociedad. El pluralismo razonable tiene como objetivo la obtención de un consenso entrecruzado (*overlapping consensus*), el cual constituye el constructo principal de la interpretación rawlsiana sobre una democracia consensual. El consenso entrecruzado viene a ser el instrumento procedimental de convivencia política democrática que sólo a través de él puede ser garantizada (Rawls, 1996d: 165-205).

Este liberalismo consensual, que Rawls califica como político en oposición al liberalismo procedimental, formalista y de mayorías, cuya fuerza y proyección reside en la flexibilidad y transparencia del procedimiento político de deliberación e intersubjetividad ciudadanas, supone la existencia en el seno de la sociedad de varias doctrinas omnicomprensivas razonables, cada una con su concepción del bien, compatibles con el pluralismo que caracteriza a los regímenes constitucionales.

2. *El* Overlapping Consensus

La concepción política de la justicia es el resultado del consenso entrecruzado de la sociedad, definiendo principios y valores políticos constitucionales suficientemente amplios como para consolidar el marco de la vida social y especificar los términos de cooperación social y política que este liberalismo consensual intenta sintetizar y sobre los cuales los ciudadanos, desde su plena libertad de conciencia y perspectiva omnicomprehensiva, concilian con sus valores políticos y comprensivos particulares.

El procedimiento de consensualización política para lograr ello debe cumplir determinadas etapas. Una primera la constituye lo que Rawls denomina el consenso constitucional, que es la respuesta rawlsiana a la figura del contrato constitucional buchaniano. Esta etapa define los procedimientos políticos de un sistema constitucional democrático para moderar el conflicto social, abriendo el poder a los grupos que luchan por él. Esto propicia un momento intermedio de convivencia ciudadana, cuya característica esencial es generar un espectro de virtudes cívicas, que al propiciar un clima de razonabilidad, de espíritu de compromiso, de sentido de equidad política y de reciprocidad, sienta las condiciones mínimas de deliberación pública necesarias para la etapa subsiguiente.

La segunda etapa es la del consenso entrecruzado, el consenso de consensos, que fijará el contenido de la concepción pública de justicia que determinará el carácter de la estructura básica

de la sociedad. Fruto de la más amplia deliberación ciudadana, incluye para su proyección la consideración de un mínimo de bienes sociales primarios y no sólo libertades políticas, y, por tanto, los grupos políticos deben plantear alternativas que cubran la estructura básica y explicar su punto de vista en una forma consistente y coherente ante toda la sociedad.

El espacio donde el consenso entrecruzado se constituye es el foro público de la discusión política, donde los diferentes grupos políticos rivales y sujetos colectivos presentan sus correspondientes perspectivas. Ello supone romper el estrecho círculo de sus concepciones específicas y desarrollar su concepción política como justificación pública de sus posturas. Al hacer ello, deben formular puntos de discusión sobre la concepción política de la justicia, lo cual permite la generalización del debate y la difusión de los supuestos básicos de sus propuestas.

3. *La razón pública*

La concepción rawlsiana del liberalismo político se cierra con el momento de la razón pública. Rawls comienza recordando que la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar es esencial para toda democracia consensual. Tal prioridad significa que la concepción política de justicia impone límites a los modelos de vida permisibles y los planes de vida ciudadanos que los transgredan no son moralmente justificables ni políticamente legítimos. La misma define una noción de neutralidad consensual sin acudir a valores morales legitimatorios y sin ser ella misma procedimentalmente neutra (Rawls, 1996c).

La razón pública no es una razón abstracta, y en ello reside la diferencia con la noción ilustrada de razón. Posee cuestiones y foros concretos donde se expresa y manifiesta. En una sociedad compleja su expresión es, primero que todo, una razón ciudadana, donde sus miembros, como sujetos colectivos, son quienes, en tanto ciudadanos, ejercen un poder político y coercitivo,

promulgando leyes y enmendando su constitución cuando sea necesario.

La razón pública no se circunscribe al foro legislativo, sino que es asumida por la ciudadanía como criterio de legitimación de la estructura básica de la sociedad en general; es decir, de sus instituciones económicas, políticas y sociales, incluyendo un índice de bienes sociales primarios consensualmente concertado. El contenido de la razón pública es, pues, el contenido de los principios fijados por la concepción de justicia públicamente concertada, y aunque su principal expresión, en un régimen democrático, es el tribunal constitucional, los esenciales constitucionales que éste debe preservar y defender son los derivados del consenso político de los diferentes sujetos colectivos que componen la ciudadanía (Mejía Quintana, 1996).

VI. Razón pública y filosofía política

1. *La razón pública revisitada*

Quizá el último texto que escribe Rawls, ya que el siguiente es más bien una edición que prepara uno de sus asistentes, Erin Kelly, y que Rawls logra revisar sólo parcialmente, es el de la razón pública revisitada (Rawls, 2001b). Esta reelaboración de "La idea de razón pública" de *El liberalismo político* adquiere en momentos un tinte marcadamente hegeliano, que recuerda el talante de la *Filosofía del derecho* de Hegel, en especial cuando Rawls explora dimensiones tan puntuales de la vida cotidiana como las de la religión y la familia en su propósito de exponer las raíces más profundas de la razón pública.

Rawls comienza explicitando la estructura de la razón pública desde cinco aspectos: las cuestiones políticas fundamentales, los funcionarios y candidatos públicos que la personifican, las concepciones políticas razonables que la componen, la aplicación de éstas a la promulgación de las leyes y el control ciudada-

no que se ejerce sobre ellas. Todo lo cual se articula con el foro político público que, a su vez, se puede dividir en tres partes: las decisiones judiciales, el discurso de los funcionarios públicos y el discurso de los candidatos a cargos públicos.

Rawls distingue este foro público de la cultura de base de la sociedad civil en cuanto la primera no se aplica a la segunda, y más bien establece su origen en una concepción de ciudadanía democrática de una democracia constitucional. Rawls, además, califica a esta última como una democracia deliberativa, que cumple a su vez tres condiciones: primero, posee una idea de razón pública; segundo, se enmarca en unas instituciones democráticas constitucionales; y tercero, es el apoyo que esto tiene entre los ciudadanos (Rawls, 2001b: 160-164).

Rawls precisa inmediatamente el contenido de la razón pública especificando que éste viene dado por una "familia de concepciones políticas de justicia", nunca por una sola, que necesariamente incluyen como características comunes un listado de derechos, libertades y oportunidades, la prioridad política de éstos y, finalmente, medios que garanticen la realización efectiva de aquéllos entre todos los ciudadanos. La razón pública no puede fijarse *ad eternum*: reconoce otras concepciones, incluso "más radicalmente democráticas que la liberal" (Rawls, 2001b: 166), y puede contener nociones tradicionales de bien común y solidaridad, si bien aclarando que la razón pública se distingue igualmente de la razón y los valores seculares.

En el cuadro de una concepción política de justicia así definida discurre pues la argumentación pública. Rawls posteriormente precisa las relaciones entre religión y razón pública, estipulando que, en todo caso, la base la proporciona la constitución política como el contrato básico para mantener la paz civil, y nunca puede revertirse esa relación a favor de presupuestos religiosos de ninguna índole. La tolerancia y la libertad de conciencia son centrales e irrenunciables en una democracia constitucional (Rawls, 2001b: 175).

Rawls analiza enseguida la cultura política pública, particularmente en lo que se refiere al debate público que gira en torno

a doctrinas generales razonables; es decir, que planteen "razones políticas apropiadas" públicamente y no sólo a sus doctrinas comprehensivas. Para precisar esto, Rawls distingue entre cultura política pública y cultura de base, como ya lo había planteado en *El liberalismo político* (Rawls, 2001b: 176-ss.). El razonamiento y la justificación públicas definen la cultura política pública frente a la cultura política de base, que se antoja particular y específica frente a la primera.

Tal parece ser el sentido de la estipulación, en cuanto una argumentación, pese a pertenecer a una cultura política de base, sólo es pública cuando efectivamente acepta manifestarse sobre concepciones de proyección y alcance público, no privado, de justicia, verificable en hechos sujetos al escrutinio y al examen públicos, cumpliendo así unos mínimos de civilidad presupuestos en la estipulación misma. De ahí la diferencia con otras dos formas de expresión no públicas: la declaración que no aspira a ser compartida conjuntamente y la conjetura sobre lo que creemos que son las otras doctrinas básicas (Rawls, 2001b: 180).

Rawls aborda finalmente el tema de la familia como parte de la estructura básica de la sociedad; sin duda, un tema polémico, desde la perspectiva del liberalismo convencional, pero que ya desde *Teoría de la justicia* estaba claro, en cuanto la pretensión de regulación de los principios de justicia abarca ámbitos privados, como la familia monogámica. Aquí el argumento es simple y directo: "La familia forma parte de la estructura básica de la sociedad porque una de sus principales funciones es servir de base de la ordenada producción y reproducción de la sociedad y de su cultura de una generación a otra" (Rawls, 2001b: 181).

Además, la justicia política de una sociedad tiene que aplicarse a la familia, pues no de otra manera se garantiza que la condición de mujeres e hijos esté adecuadamente regulada por principios democráticos concertados, lo cual es común a toda asociación (universidades, gremios, sociedades científicas), inclusive a las Iglesias, en cuanto aquélla les impone "restricciones esenciales" que no pueden ignorar, sin vulnerar por supuesto

sus respectivas jurisdicciones particulares de autonomía (Rawls, 2001b: 183). Las mismas desigualdades de género sólo pueden regularse si se concibe a la familia como parte de la estructura básica.

2. *El papel de la filosofía política*

El libro *Justice as Fairness: A Restatement* (2001) constituye la fase final de la revisión que Rawls hace a su obra en general. En ésta se destaca, particularmente, el papel que le endosa a la filosofía política, donde los ecos de la influencia tanto de Hegel como de Marx son difícilmente ocultables. Los conceptos-guía de conflicto y reconciliación, los cuales suponen los de alienación y emancipación, son ecos indudables de ese ascendiente.

En primer lugar, en el marco siempre de una cultura política pública, la filosofía política tiene un papel práctico, en la perspectiva de definir los términos del conflicto político y presentar alternativas de solución (Rawls, 2002a: 23). Éste se impone por la presencia latente del conflicto en las actuales sociedades y la necesidad de lograr alternativas plausibles que garanticen el requerimiento social por la estabilidad: "una de las tareas de la filosofía política —su papel práctico, por así decir— es fijar la atención en las cuestiones profundamente disputadas y ver si, pese a las apariencias, puede descubrirse alguna base subyacente de acuerdo filosófico y moral" (Rawls, 2002a: 23). La filosofía política tiene que orientarse a detectar y precisar, al interior de la sociedad, tales conflictos que generalmente subyacen a los acuerdos de mayorías y que mantienen tensiones con las minorías desfavorecidas.

Una vez que han sido detectados, la filosofía política debe entrar a analizar su origen y encontrar una base que permita concretar las condiciones de posibilidad de un acuerdo político que garantice la cooperación y el respeto mutuo al interior del entramado social. Rawls reconoce que definir este suelo común no resulta una tarea fácil, por lo que la filosofía política debe, en la mayoría de los casos, contentarse con la tarea más modesta de

buscar delimitar el campo de divergencia y plantear los horizontes de un mínimo posible para generar un consenso político que esté en condiciones de garantizar la estabilidad social.

De ahí que, en segundo lugar, la filosofía política tenga un papel de orientación frente al conflicto político, lo que implica la evaluación pública de las condiciones objetivas y subjetivas del conflicto (Rawls, 2002a: 24). Esto supone evaluar, no sólo a los actores del conflicto (que es lo que por lo general se hace), sino también el que han jugado las instituciones en la dinámica del mismo, dado que éste no se propicia sólo por los actores en disputa, sino por el rol regulador que las instituciones han o no han jugado en el conflicto social.

En esta etapa el desarrollo de la filosofía política, como un ejercicio de la razón, debe cumplir con la tarea de determinar "los principios que sirven para identificar esas diversas clases de fines razonables y racionales, y mostrando de qué modo son congruentes esos fines con una concepción bien articulada de sociedad justa y razonable" (Rawls, 2002a: 25). Ello como intermediación necesaria para lograr, como meta primordial, "contribuir al modo en que un pueblo considera globalmente sus instituciones políticas y sociales, y sus objetivos y propósitos básicos como sociedad con historia —como nación—…" (Rawls, 2002a: 24).

En tercer lugar, el papel de reconciliación que Rawls reconoce directamente inferido de la *Filosofía del derecho* (1821) de Hegel (Rawls, 2002a: 25). Reconciliación del conflicto, no sólo de los actores entre sí, sino también de éstos con las instituciones, en la medida en que la filosofía política nos revela el papel histórico y social que ellas han jugado y de qué manera subyace a las mismas una racionalidad que puede ser reencauzada en favor de todas las formas de vida que la componen.

Las sociedades contemporáneas, en tanto sociedades complejas, no están constituidas por una comunidad homogénea. Se caracterizan por un "pluralismo razonable", es decir, una pluralidad de visiones omnicomprehensivas enraizadas en "el hecho de las diferencias profundas e irreconciliables en las concepciones

del mundo de los ciudadanos, en esas razonables concepciones religiosas y filosóficas comprehensivas, y en sus visiones de los valores morales y estéticos que deben primar en la vida humana" (Rawls, 2002a: 26).

Y, finalmente, retomando la tradición crítica, la filosofía política tiene el papel de una utopía realista, la necesidad de proyectar una utopía posible, es decir, un modelo de sociedad concertado por las diferentes perspectivas políticas actuantes en ella (Rawls, 2002a: 26), de tal suerte de no quedar anclado a la agenda política del día a día, a los imperativos del sistema y la funcionalidad. Más allá del viejo Hegel, Rawls reclama la necesidad de no dejar de soñar, de imaginar un mundo mejor que nos guíe en la construcción de una sociedad plena y justa porque, precisamente, "los límites de lo posible no vienen dados por lo real" (Rawls, 2002a: 27), en una pretensión que evoca la superación de la enajenación en el joven Marx.

Planteadas estas tareas de la filosofía política, Rawls propone, por último, como dominio de la filosofía política, la cuestión de la estabilidad (Rawls, 1996b: 241-268). Rompiendo con las problemáticas tradicionalmente abordadas por la disciplina (la política buena, la obediencia al ordenamiento, la legitimidad, el poder) y, en parte, anticipando lo que será la discusión que abordaremos enseguida, Rawls propone ahora la estabilidad como "el dominio de lo político" (Rawls, 1996b: 241) y que concierne a la estabilidad de los principios de justicia consensuados para regular la sociedad en su conjunto, logrando así que la sociedad sea efectivamente aceptada por todos como un sistema de cooperación mutuo.

Para Rawls, el problema de la estabilidad de una sociedad —liberal o no— constituye el problema sustancial que debe enfrentar hoy en día la filosofía política. La estabilidad determina el objetivo primordial del consenso político sobre el que debe basarse el manejo de la sociedad y el sentido último del pluralismo razonable que busca consolidarse en una democracia de carácter consensual. Como es evidente, la óptica de la filosofía política se

desplaza de un papel normativo a uno eminentemente práctico (Rawls, 1996d: 165-205).

Rawls considera que la estabilidad tiene que cumplir con dos características: en primer lugar, tiene que ser realizable y, segundo, tiene que ser capaz de dar razones para mostrar por qué es práctica. El logro de la estabilidad en la sociedad depende directamente pues del consenso entrecruzado, es decir, del más amplio consenso político de visiones omnicomprehensivas que existen en su seno, puesto que con ello se concreta la maduración del pacto inicial, logrando no sólo la inclusión, sino el compromiso de todas las visiones morales, sociales y políticas que deliberativamente desean participar en el manejo de la sociedad, al amparo de un esquema incluyente consensual institucional que lo regule (Rawls, 1996b: 248).

VII. Conclusión

Al inicio de este escrito quisimos realizar un repaso de la *Teoría de la justicia* de John Rawls con el fin de explicitar los diferentes constructos que, a juicio del comunitarismo, mimetizarían la visión metafísica liberal en el planteamiento rawlsiano. La respuesta de Rawls puede leerse en el ciclo de *Conferencias Dewey* sobre “El constructivismo kantiano en teoría moral”, donde se hace evidente su giro hacia el comunitarismo. En este momento, Rawls asume las críticas del comunitarismo y trata de darles solución a través de la categoría de persona moral que le permite cambiar la noción excesivamente racional de *agente* de la primera versión, caracterizando a aquélla por dos facultades: su concepción de bien y su sentido de justicia, con lo cual la posición original quedaba constituida, en lo fundamental, por comunidades a su interior.

El siguiente apartado reconstruyó las ideas-guías y complementos de *La justicia como equidad: política, no metafísica*, que constituye un texto-bisagra que cierra el ciclo de *Teoría de la justicia* y abre el de *El liberalismo político*, como queda claro en la explicitación de los mismos. Enseguida, se procedió a mostrar las tres

influencias que, desde 1983, empiezan a gravitar en la obra de Rawls: Marx, Hegel y el republicanismo, poniendo de presente cómo categorías y conceptos de las tres tradiciones son subsumidas por el planteamiento rawlsiano, con el fin de precisar las fuentes que serán claves en la comprensión del Rawls tardío.

El cuarto apartado abordó *El liberalismo político*, destacando aquí la propuesta de un consenso entrecruzado, donde claramente queda en evidencia la recepción del republicanismo anglosajón. En efecto, el momento intermedio entre el *consenso constitucional* y el *consenso entrecruzado* que Rawls define como el de las *virtudes cívicas* sin duda integra la influencia del republicanismo, al menos del anglosajón, menos radical que el francés. La razonabilidad republicana se evidencia aquí en toda su magnitud, dado que las virtudes juegan el papel de ambientar el clima de deliberación institucional donde las diferentes visiones onmicomprehensivas pueden proyectar y concretar su ideal de sociedad.

Finalmente, se repasaron las formulaciones posteriores tanto de *Una revisión de la idea de razón pública*, que termina siendo su último texto, como de *La justicia como equidad: una reformulación*, donde la influencia del hegelianismo se hace inobjetable. La reelaboración de "La idea de razón pública" de *El liberalismo político* que acomete Rawls en la primera adquiere en momentos un tinte marcadamente hegeliano que recuerda el talante de la *Filosofía del derecho* de Hegel, en especial cuando Rawls explora dimensiones tan puntuales de la vida cotidiana como las de la religión y la familia en su propósito de exponer las raíces más profundas de la razón pública. Y en la segunda, el rol del reconocimiento del conflicto y la reconciliación que frente al mismo debe proponer la filosofía política consagran la potestad hegeliana en el último Rawls.

Quizá el gran legado que se le impone a la filosofía política contemporánea no sea estar con Rawls o contra Rawls, sino mejor, como ha mostrado Van Parijs, superar a Rawls en el más genuino sentido hegeliano: conservándolo. Un proyecto de inclinación social y democrática debe asumir a Rawls para superar-

lo, parafraseando la famosa metáfora marxista que retoma Karl Korsch, en el sentido crítico y antidogmático que debe reivindicar toda auténtica tradición heterodoxa:

El pensamiento de izquierda de nuestro tiempo será rawlsiano o no será. No es que aquellos que se ubican a la izquierda, aquellos a quienes preocupa ante todo la suerte de los menos favorecidos, deban buscar en la *Teoría de la justicia* de Rawls los versículos que decreten la verdad y dicten la conducta, como muchos hacían antes en las páginas de *El capital*. Un pensamiento rawlsiano no es en absoluto un pensamiento rawlsólatra… Si el pensamiento de izquierda debe… ser rawlsiano es en el sentido en que tiene que combinar… los ideales de tolerancia y solidaridad… que Rawls se ha esforzado en pensar coherentemente… Con Rawls pero también contra Rawls es que se debe construir el pensamiento de izquierda de nuestro tiempo (Van Parijs, 1996).

VIII. Bibliografía

Berlin, I. (1969), *Four Essays on Liberty,* Oxford, Oxford University Press.

Bonete Perales, E. (1990), "Génesis de la noción de personal moral", *Éticas contemporáneas*, Madrid, Tecnos.

Buchanan, J. (1975), *The limits of Liberty,* Chicago, Chicago University Press.

Camps, V. (1997), "El segundo Rawls, más cerca de Hegel", *Revista de Filosofía* (15).

Carracedo, J. R. (1990), "La interpretación kantiana de John Rawls", *Paradigmas de la política*, Barcelona, Anthropos.

Da Silveira, P. & Norman, W. (1996), "Rawlsianismo metodológico, una introducción a la metodología dominante en la filosofía política anglosajona contemporánea", *Revista Internacional de Filosofía Política* (5).

Dworkin, R. (1996), *La comunidad liberal,* Bogotá, Siglo del Hombre.

ESTÉVEZ, J. A. (1994), *La Constitución como proceso y la desobediencia civil,* Madrid, Trotta.

FERRARA, A. (1994), "Sobre el concepto de comunidad liberal", *Revista de Filosofía Política* (3).

FREEMAN, S. (2009), "Prólogo", en RAWLS, J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía política* (13-21), Barcelona, Paidós.

GARGARELLA, R. (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls,* Barcelona, Paidós.

GAUTHIER, D. (1994), *La moral por acuerdo,* Barcelona, Gedisa.

GREVILLE, J. & POCOCK, A. (1975), *The Machiavellian Moment,* Princeton, Princeton University Press.

HAYEK, F. (1995), *Droits, legislation et liberté,* París, PUF.

HERMAN, B. (2001), "Prólogo", en RAWLS, J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós.

HÖFFE, O. (1988), "Dans quelle mesure la theorie de John Rawls est-elle kantienne", en AUDARD, C. *et al.*, *Individu et Justice Sociale*, París, Editions du Seuil.

KYMLICKA, W. (1995), *Multicultural Citizenship,* Oxford, Oxford University Press.

MACINTYRE, A. (1989), *After Virtue,* London, Duckworth.

MALEN, J. (1988), *Concepto y justficación de la desobediencia civil,* Barcelona, Ariel.

MARTÍNEZ, J. (1992), "Constructivismo radical: la invención jurídica de los hechos", *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate.

MEJÍA QUINTANA, Ó. (1996), "El paradigma consensual del derecho en la *Teoría de la justicia* de John Rawls (estudio preliminar)", en RAWLS J., *El derecho de los pueblos,* Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

— (1997), *Justicia y democracia consensual,* Bogotá, Siglo del Hombre.

— (2000), *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil,* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

MESURE, S. & RENAUT, A. (2000), "La discussion républicaine du libéralisme moderne", *Histoire de la Philosophie Politique,* París, Calman-Levy.

MULHALL, S. (1992), *Adams Swift, Liberals and Communitarians,* Oxford & Cambridge, Blackwell.

NINO, C. (1989), "El constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en NINO, C., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

NOZICK, R. (1988), *Anarquía, Estado y utopía,* México, Fondo de Cultura Económica.

PETTIT, P. (2000), *Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno,* Barcelona, Paidós.

POCOCK, (1975), *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition,* Princeton, 1975.

RAWLS, J. (1979), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

——— (1986), "El constructivismo kantiano en teoría moral", en RAWLS, J., *La justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Técnos.

——— (1993a), "Fundamental Ideas", en RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.

——— (1993b), *Political Liberalism,* Nueva York, Columbia University Press.

——— (1996a), *El liberalismo político,* Barcelona, Crítica.

——— (1996b), "La cuestión de la estabilidad", en RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.

——— (1996c), "La idea de razón pública", en RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.

——— (1996d), "La idea de un consenso entrecruzado", en RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.

——— (1999), "Justice as Fairness: Political no Metaphisical", en RAWLS, J., *Collected Papers,* Cambridge, Harvard University Press.

——— (2001a), "La filosofía como reconciliación", en RAWLS, J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós.

——— (2001b), "Una revisión de la idea de razón pública", en RAWLS, J., *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós.

——— (2002a), *La justicia como equidad: una reformulación,* Barcelona, Paidós.

——— (2002b), "Las democracias de propietarios, observaciones introductorias", en RAWLS, J., *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós.

——— (2002c), Un consenso entrecruzado no utópico, en RAWLS, J., *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós.

——— (2009), *Lecciones sobre la historia de la filosofía política,* Barcelona, Paidós.

RORTY, R. (1996), *Contingencia, ironía y solidaridad,* Barcelona, Paidós.

SANDEL, M. (1982), *Liberalism and the Limits of Justice,* Cambridge, Cambridge University Press.

SCHMIDT, J. (1992), "La *Original Position* y el equilibrio reflexivo", en KERN, L. & MULLER, H. P., *La justicia, ¿discurso o mercado?,* Barcelona, Gedisa.

SKINNER, Q. (1990), *Machiavelli and Republicanism,* Cambridge, Cambridge University Press.

——— (1992a), "About Justice, the Common Good and the Priority of Liberty", en MOUFFE, C., *Dimensions of Radical Democracy*, London, Verso.

——— (1992b), "The Italian City Republics", en DUNN, J., *Democracy: The Unfinished Journey,* Oxford, Oxford University Press.

——— (1998), *Liberty Before Liberalism,* Cambridge, Cambridge University Press.

TAYLOR, C. (1989), *Sources of the Self,* Cambridge, Harvard University Press.

VAN PARIJS, P. (1996), *Sauver la Solidarité,* París, Cerf.

WALZER, M. (1983), *Spheres of Justice,* Nueva York, Basic Books.

MORALIDAD, RACIONALIDAD POLÍTICA Y NEOAUTORITARISMO: NOTAS SOBRE LA JUSTICIA Y EL LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS

José Rodríguez Iturbe*

Sumario: I. *Introducción*. II. A Theory of Justice. III. Political Liberalism. IV. The Law of Peoples. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

John Borden Rawls[1] nació en Baltimore el 21 de febrero de 1921 y murió en su casa de Lexington, Massachusetts, a los 81 años, de una falla cardiaca, el 24 de noviembre de 2002. Familiarmente estaba vinculado con líderes del Partido Demócrata en el estado de Maryland. Fue el segundo de cinco hermanos. En su infancia sufrió un trauma cuya marca lo acompañó toda la vida, al ver morir a dos de sus hermanos por infecciones contagiadas por él. Estudió en la Kent School, en Connecticut, y luego en la Princeton University. Llamado a filas en los años de la Segunda Guerra Mundial, sirvió como infante de marina en la vertiente del Pacífico de aquel tremendo conflicto. Participó en acciones de combate en Nueva Guinea y Filipinas. Estaba en el Pacífico cuando el presidente Ha-

* Universidad de La Sabana.

1 *Cfr. Obituary John Rawls* del *Guardian Unlimited*, que recoge una excelente síntesis de su vida y obra, en *www.guardian.cu.uk/obituaries/story/0,3604,848488,00.htm*. Consultado, 14 abril 2007.

rry S. Truman (1884-1972) ordenó la utilización de las bombas atómicas contra el Japón, en Hiroshima y Nagasaki. Medio siglo después (en 1995), al hablar del derecho de gentes y asuntos internacionales, no vaciló en condenar el uso de las bombas atómicas. Regresó a Princeton al finalizar la guerra. En 1950 terminó su tesis, centrada en la formulación del concepto del que llamó *reflective equilibrium* (equilibrio reflexivo). Sin demasiado éxito académico en Princeton, se trasladó por un año a Oxford. Allí tuvo contacto con relevantes intelectuales, como Herbert Hart (1907-1992), Isaiah Berlin (1909-1997) y Stuart Hampshire (1914-2004). Animado por ellos, se trasladó en 1953 a Cornell University, en el estado de Nueva York. En Cornell, Rawls conoció y trabajó con pensadores de la escuela analítica americana, como Max Black (1909-1998) y Norman Malcom (1911-1990).

En Oxford llevó a cabo la formulación del *concepto de la posición original* (*concept of the original position*) y comenzó a plantear lo que llamaría *el velo de la ignorancia* (*the veil of ignorance*). Afincado en tales avances en 1957 un artículo llamado "Justice As Fairness", que se considera como el primer borrador de *A Theory of Justice*. En 1960 aceptó un puesto en el Massachusetts Institute of Technology (MIT). En 1962 pasó a la Harvard University, donde permaneció el resto de su carrera académica. Fue en Harvard donde escribió y publicó sus principales obras. *A Theory of Justice* fue escrita durante los años de la Guerra de Vietnam. Apareció (Harvard University Press) en 1971. Más de veinte años después (en 1993) publicó su segundo libro, *Political Liberalism*. Hacia el final de su vida recogió en un volumen distintos ensayos y conferencias. En *The Law of Peoples*, aparecido en 1999, extendía al ámbito internacional su concepción de la justicia.

II. *A THEORY OF JUSTICE*

A Theory of Justice (1971) es, sin duda, su obra más importante. En ella, Rawls explora la construcción de sistemas socialmente justos. Toca en ese libro los problemas distintivos de la teoría política

moderna. Su principio central es que los derechos básicos, civiles y políticos son inviolables. Considera un deber insoslayable del Estado liberal salvaguardar y garantizar esos derechos. Ello sería imposible sin considerar la justicia —y derivadamente la igualdad— como criterio rector y valor primordial que debe servir de sólido apoyo a la libertad en el marco del pluralismo democrático. En su opinión, sin embargo (y ello forma parte de su crítica al utilitarismo y a los llamados *comunitaristas* americanos), la búsqueda de la justicia debe ir acompañada por un profundo respeto a la libertad individual. Considera que nada puede justificar la negación de la libertad, sin la cual la efectividad y vigencia de los derechos básicos, civiles y políticos sería imposible.

Rawls señala que la justicia debe arropar el proceso de desarrollo de todas las instituciones sociales. Por eso opina que debe rechazarse todo sistema político o económico que suponga la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones (racial, religiosa, económica o sexual). Para construir una sociedad justa es necesario, según él, revertir la hipotética *ignorancia original,* que él llama el *velo de ignorancia* (*Veil of Ignorance*). Para Rawls, cuando no hay igualdad de oportunidades se actúa a expensas de los demás. Establece, entonces, dos principios que a su modo de ver son derivación racional del contrato social:

— *Principio de libertad*. Debe haber igual número de libertades para todos. Todo individuo tiene el derecho de alcanzar socialmente igual libertad. Ello equivale al derecho a no ser perseguido, a no sufrir opresión política, ni tampoco discriminación de ningún tipo.
— *Principio de diferencia*. Las desigualdades económicas y sociales deben estar estructuralmente enfrentadas de tal modo que se asegure mayor beneficio a los menos aventajados y la igualdad de oportunidades para la ocupación de cargos y funciones.

El primer principio —el de libertad— tiene prioridad y gobierna al segundo —el de diferencia—. Así, las libertades básicas

iguales para todos y la limitación del alcance de las desigualdades sociales y económicas son para Rawls los dos principios operativos de la justicia.

Para Rawls, el mayor bien es la justicia, no la libertad (aunque rechace la supresión de esta última). A su modo de ver, la equidad es el valor que debe regir la formulación existencial del contrato social. No se le oculta que el pacto societario acepta las desigualdades, como un *factum* que no puede ser ignorado en la búsqueda del progreso. Sin embargo, no se trata de una resignación fatalista frente a tales desigualdades. Por ello su exigencia de *igualdad de oportunidades*. Así, con la igualdad de oportunidades la sociedad debe intentar compensar las diferencias en el punto de partida, que la falacia liberal individualista pretende en su expresión maximalista ignorar. Por ello, Rawls plantea que los más pobres deben tener garantizado igual acceso a la educación que aquellos en mejores condiciones de fortuna.

Cuando Rawls propone un concepto de justicia como equidad (*Justice as Fairness*), busca armonizar los *derechos individuales* proclamados por el liberalismo clásico, y el *ideal de igualdad* plasmado en la justa distribución, que figura en los postulados del llamado comunitarismo. Aspira, de este modo, a que en las democracias liberales modernas los ciudadanos escojan por sí mismos los principios de justicia que regirían sus vidas. La elección debe hacerse, a su entender, por un método justo. Desde su perspectiva, hay distintas concepciones de justicia (por eso su obra se llama *A Theory* [Una teoría]), unas más razonables que otras. Tanto el *principio de libertad* como el *principio de diferencia* contribuyen a la selección entre la diversidad de opciones, que en las distintas situaciones sociales (contractuales) pueden darse.

Rawls señala las instituciones básicas de la sociedad según los distintos ámbitos: en el social, la familia; en el económico, el mercado; y en el político, la Constitución. A su modo de ver, la Constitución es la más importante.

En su *Teoría de la justicia*, John Rawls señala cómo determinados autores modernos [David Hume (1711-1776), Adam Smith

(1723-1790), Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1873)] derivaron del utilitarismo una filosofía moral. Teóricos sociales y economistas, la doctrina moral elaborada por ellos fue diseñada "para satisfacer las necesidades de sus amplios intereses y ajustarse en un esquema comprensivo" (Rawls, 1985: 9).[2]

Para Rawls no existe una *via media* entre el utilitarismo de los liberales y lo que denomina el *intuicionismo* de aquellos que critican el utilitarismo sin haber logrado construir una concepción moral "practicable y sistemática" (Rawls, 1985: 10). El intuicionismo no resulta, para Rawls, racional, sino que proclama su intento de generalizar la teoría del contrato social de John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804 a "un nivel más elevado de abstracción" (Rawls, 1985: 10).

Rawls desea formular una concepción *razonable* de la justicia. Para él, los principios de la justicia son una parte importante del ideal social, que "se conecta con una concepción de la sociedad", con "una visión del modo según el cual han de entenderse los fines y propósitos de la cooperación social" (Rawls, 1985: 26).

La visión de la justicia según la ética clásica —grecolatina y judeo-cristiana— no es la misma de Rawls. Desde su perspectiva, no es la virtud la que lleva a dar a cada quien lo suyo, sino una *imparcialidad*, que encuentra su fundamento en una concepción contractualista de la sociedad. El bien para él carece de connotación ontológica. Su pretensión ética es *procedimental*, no *metafísica*. Así, critica aquellas que califica de *teorías teleológicas,* en las cuales el *bien* es definido independientemente de lo *correcto* (Rawls, 1985: 43 y 44).

> Las teorías intuicionistas —dice— tienen, entonces, dos características: *primera*, consisten en una pluralidad de nuevos principios que pueden estar en conflicto, dando soluciones contrarias en tipos de casos particulares; y *segunda*, no incluyen un método explícito, ni reglas de prioridad para valorar estos principios entre sí:

---

2 Para las críticas de Rawls al utilitarismo, véase, Gargarella, 1999.

> simplemente hemos de hacer intuitivamente un balance mediante el cual averiguar por aproximación lo más correcto. En el caso de que existan reglas de prioridad, se consideran más o menos triviales o incapaces de proporcionar una ayuda sustancial para alcanzar un juicio (Rawls, 1985: 54).

Añade Rawls que comúnmente se asocian al intuicionismo otras tesis. Un ejemplo de ellas serían la que sostienen que los conceptos de lo *correcto* y de lo *bueno* no son analizables; y la que indica que los principios morales "cuando son apropiadamente formulados, expresan proposiciones autoevidentes acerca de pretensiones morales legítimas". Califica a estas doctrinas de "típicamente epistemológicas" (Rawls, 1985: 54).

Con las fuentes de las cuales parte, no es de extrañar que Rawls afirme la contingencia de los principios morales (Rawls, 1985: 63-68). Descartado el *telos* (fin) y sustituida la bondad o maldad (referencia ontológica al bien) de las acciones humanas por la consideración relativa de *lo correcto* y *lo incorrecto*, el relativismo ético de Rawls, más que un relativismo sobre valores o principios, es un relativismo sobre procedimientos. Su teoría de la justicia es, en tal sentido, no sustantiva, sino adjetiva. La justicia de Rawls es procedimentalista: la justicia no se alcanza con la búsqueda de lo justo, el *dikaion* de los clásicos griegos, lo que corresponde a cada quien con base en el justo título, sino con el cumplimiento de los procedimientos, en el marco de la vida social.

En Rawls, ciertamente, puede verse una actitud antimetafísica, común en aquellos autores contemporáneos que no buscan una justificación filosófica de sus posturas teóricas. Quizá por ello Rawls no presenta ni desarrolla propiamente una teoría de la moral para otorgar bases más sólidas a las obligaciones de justicia.

El *normativismo político* de Rawls arropa un *apoliticismo de tipo liberal*. Muestra así ese "déficit de política" que Jesús Rodríguez Zepeda veía en la base de su planteamiento teórico (Rodríguez Zepeda en Garzón Vallejo, 2010: 55).

Lo difícil, para entender a Rawls *per se*, sin intentar colocarlo en posiciones que sí afirman o niegan una teoría moral, es que, como recordó Alasdair MacIntyre (1929), en *After Virtue* (1981), entre Nietzsche y Aristóteles no hay ninguna otra alternativa. MacIntyre es, sin duda, uno de los referentes en el resurgir de la atención por la ética de la virtud y de la importancia de ésta para lograr la vida buena. Se ocupa del *telos* como finalidad o práctica social de la vida humana. Ello permite con coherencia la consideración axiológica de la *praxis* humana (MacIntyre, 1990; y Nepi, 2000). En este sentido, podría verse a MacIntyre como la antítesis teórica de Rawls en cuanto a la concepción de la justicia.

Para Francesco d'Agostino (1946), Rawls es un "adversario explícito del utilitarismo", porque su visión de la justicia no surge de un equilibrio de intereses, sino de "una opción *a priori* (como la asumida detrás del *velo de la ignorancia*) que puede incluso tener una vaga apariencia totalitaria" (D'Agostino, 2007: 127). Para D'Agostino, el utilitarismo radical supone "el sacrificio de la libertad y de la vida singular al bienestar del mayor número", lo cual no parece compatible con el enfoque de Rawls. Lo fundamental para Rawls —y eso no es utilitarismo— es que la persona humana tiene dignidad y no precio. Rawls, en verdad, no usa el término *persona*. Sin embargo, que no recurra al término persona para explicar y fundamentar esa dignidad, se explica en que no busca ninguna base propiamente metafísica. Ahora bien, resulta más fácil la defensa de la dignidad de la persona humana con con base en Aristóteles o Tomás de Aquino que con referencia a cualquiera de los autores en los cuales dice inspirar Rawls su neocontractualismo (Locke, Rousseau, Kant).

A diferencia de la mayoría de los críticos, Paul Ricoeur insiste en el posible utilitarismo de la perspectiva de Rawls.[3] Ricoeur contrapone una visión de la ética del bien a la ética procedimental kantiana, que parece inspirar a Rawls. El neocontractualismo

3 *Cfr.* Ricoeur, 1988: 129 y ss.; *Le Juste I*, 1995 (traducción al español, 1997; traducción inglesa, 2000); *Le Juste II*, 2001.

de Rawls intenta dar vida a un *contrato hipotético*. Pero, *de facto*, lo que resulta patente en sus escritos es un *contrato ideológico*: dejando aparte teleologías, razones de finalidad, intenta la valoración social de la conducta dando rango de principio fundamental al igualitarismo. Intenta, pues, presentar un contrato ideológico liberal, sin caer en el individualismo.

La sustitución del *contrato hipotético* por el *contrato ideológico* se debe, en buena parte, al *déficit de esfuerzo filosófico-político* que Alfredo Cruz Prados (2006: 212-214) señalaba en la obra de Rawls.

Aunque Rawls no pretenda dar una dimensión ética radical a su justicia (entendiendo ética en su sentido clásico), la división entre naturaleza y moralidad y el intento de delimitación de lo político y lo no político, refleja en Rawls, como ha señalado Ricoeur, un conflicto interior de tipo moral. Es imposible, en efecto, prescindir, por ejemplo, de la *Golden Rule* (la Regla de Oro), que manda no hacer a los demás lo que no querríamos se nos hiciese a nosotros. Así, la alteridad resulta inseparablemente unida a la consideración moral de la conducta. La razón práctica no se agota, por tanto, sólo en procedimientos. Ella exige, también, la valoración ética de la *praxis* para el respeto mismo de la humana condición.

Ricoeur pone de relieve la insuficiencia de la concepción procedimentalista de la justicia patente en Rawls, que lleva a una deformación teórica, cuando no a una ignorancia práctica de los derechos fundamentales. Cuando tal insuficiencia encuentra acogida en las decisiones judiciales de más alto nivel (cortes constitucionales, tribunales supremos), se podría incurrir —y de hecho se incurre— en aberraciones jurídicas con no oculta intencionalidad política, que mancillan la *recta ratio* moral y política, afectando, de manera no leve, la ciudadanía y la pluralidad democrática, y con ello la convivencia social armónica cimentada en la auténtica justicia.

La noción rawlsiana de *bienes sociales primarios* no resulta defensa segura contra tales prejuicios, que llevan a la ideologización del derecho a través de la manipulación militante de los órganos

jurisdiccionales. Los *bienes sociales primarios* no pueden depender del *menú* de los gustos ideológicos (prejuicios o fanatismos políticos) de un grupo de magistrados que se consideran por encima de cualquier revisión de sus criterios: sin siquiera haber sido designados para sus funciones por democrático mandato popular, usurpan a menudo, intencionalmente, con sus decisiones, con violencia togada, la función legislativa. Los *bienes sociales primarios* no son creación judicial. Ellos, por exigencia del pluralismo democrático y de la tolerancia que exige el respeto de la dignidad de cada ciudadano, deben tener, por el contrario, adecuado reconocimiento y proyección social en las decisiones judiciales.

En Rawls no se presenta, como en algunos de los exponentes más radicales del utilitarismo norteamericano (piénsese en Richard Rorty), una alergia frente a los valores éticos. Por el contrario, su *bondad como racionalidad* supone la necesidad de valores básicos para la auténtica satisfacción de necesidades en la vida social. Los *bienes sociales primarios* —como necesarios para poder alcanzar la felicidad deseada— exigen una visión no sólo materialista, sino también cultural y espiritual de la persona. Entre ellos se consideran y se encuentran los *criterios de justicia*; y para Rawls (y ello resulta, en mi opinión, un elemento positivo) las *concepciones de lo bueno y de lo justo*.

Como recuerda Ricoeur, las concepciones de lo bueno y lo justo son inseparables de la comunidad política bien ordenada a la cual aspira Rawls. Quizá como reflejo de un culturalismo utilitarista —que desea criticar, pero del cual no logra distanciarse plenamente— su fuerte noción de *racionalidad* está tan impregnada de *procedimentalismo* que resulta, vista con ojos rawlsianos, nada menos que la fuente del contrato que coloca en la misma base de su construcción teórica.[4]

---

[4] En 2011 vio la luz en Bogotá, editado por la Universidad La Salle, un interesante trabajo de Mauricio Montoya Londoño, *Ética y hermenéutica: un diálogo entre Paul Ricoeur y John Rawls*. Ese libro contiene el desarrollo de la tesis de su autor para optar al título de doctor en filosofía por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá) en 2010: *Lo justo, entre lo bueno y lo legal: un diálogo entre la inten-*

Se ha destacado que las tres tradiciones de mayor peso y presencia en Ricoeur son la fenomenológica, la existencialista-personalista, y la hermenéutica-estructuralista (Lafuente, 1998). No son ésas, sin duda, las tradiciones filosóficas que parecen encontrarse en Rawls.

Se ha destacado que Rawls elabora una teoría "comparativamente económica" que se considera "rica en implicaciones y en aplicaciones" (Rodilla en González & Thiebaut, 1988: 115). Al igual que muchos de los autores en quienes se inspira, el sentido de la filosofía moral pareciera básicamente orientado en Rawls a la búsqueda de consensos procedimentales, con un *prius* de lo adjetivo sobre lo sustantivo. Así, al hablar de las dificultades del consenso sobre condiciones razonables, señala como uno de los propósitos de la filosofía moral la búsqueda de "posibles bases de acuerdo donde no parece que exista ninguna"; y agrega que debe "intentar extender la gama de algunos consensos existentes y construir concepciones más discriminatorias" (Rawls, 1985: 642).

La *Teoría de la justicia* de Rawls finaliza, sin embargo, por más aspectos positivos que puedan encontrarse en ella, con una explícita declaración de inmanentismo radical. Lo hace usando terminología clásica a la cual vacía de su tradicional sentido. Y, para que no quede la menor duda de cuál es su horizonte cultural, lo hace como intérprete legal de su propio pensamiento:

> Observar nuestro lugar en la sociedad desde la perspectiva de esta situación es observarlo *sub specie aeternitatis*: es contemplar la situación humana, no sólo desde todos los puntos de vista sociales, sino también desde todos los puntos de vista temporales. La perspectiva de la eternidad no es una perspectiva desde un cierto lugar, más allá del mundo, ni el punto de vista de un ser trascendente; más bien es una cierta forma de pensamiento y de sentimiento que las personas racionales pueden adoptar en el mundo.

---

cionalidad ética de Paul Ricoeur y el constructivisnmo político de John Rawls. El trabajo de Montoya Londoño es un esfuerzo por presentar las tesis de Ricoeur y Rawls no como antagónicas, sino como complementarias, en lo moral, en lo político y en lo jurídico.

Si, como ha señalado Robert Paul Wolff, la *Teoría de la justicia* es un libro "importante" y "desconcertante" por su extensión, complejidad y falta de claridad (Wolff, 1981: 13), parece evidente que en su desarrollo teórico se expresa una de las notas intelectuales de la modernidad y de la postmodernidad como es la sustitución de lo ontológico por lo gnoseológico.

III. *Political Liberalism*

Rawls publicó *Political Liberalism*[5] (1993) y *The Law of Peoples* (1999) después de la caída del Muro de Berlín (1989) y de los eventos que se considera que marcan la conclusión oficial de la Guerra Fría —Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE, París, 1991) y Cumbre de Helsinki (enero 1991)—.

En *Political Liberalism*, Rawls intenta exponer cabalmente algo que, a su entender, no había quedado claro en *A Theory of Justice* (Cohen, 2003). Pensó que quizá en su *Teoría de la justicia* ligaba exageradamente el *liberalismo filosófico* con el *liberalismo político*. Así podría llegarse a la conclusión, no deseada por Rawls, de que sólo el *liberalismo moral* podía ser *liberalismo político*.

Según él, el liberalismo puede concebirse como *Weltanschauung* (concepción del mundo y de la vida) o como *pensamiento político*. Podría pensarse que algo semejante aunque, sin duda, diferente había planteado con anterioridad Carl J. Friedrich (1967), al hablar de la democracia como forma política y como forma de vida. Como se recordará, la "buena democracia" de Friedrich resultaba la antítesis de la supuesta "democracia de base" que, con implícita o explícita sustentación en la *volonté général* rousseauneana, servía de apoyo a los totalitarismos (bolchevismo, nacional-socialismo) que Friedrich adversó con vigor, coherencia y constancia a lo largo de su vida. Fue empeño de Friedrich dar fundamento sólido a las instituciones. La justicia y la libertad, como objetivos, sólo podrían plasmarse sociopolíticamente en un

---

5 Para la versión española véase Rawls, 2006.

marco de institucionalidad democrática, en el cual lograra realidad histórica el pluralismo, condición *sine qua non* de la democracia como forma de vida. Sólo así podría impedirse que con base en un supuesto estado constitucional se cometieran, en nombre del derecho, las mayores aberraciones antihumanas. No está de más recordar que uno de los generadores del concepto de Estado constitucional fue Carl Schmitt, quien, sin que puedan negarse sus aportes en el campo de la teoría política y constitucional, queda marcado en la historia de las ideas por haber sido uno de los teóricos empeñados en validar jurídica y políticamente el *Führerprinzip* de la locura nazi, que hacía del derecho expresión e instrumento de vindicta política y represión contra la disidencia.

Rawls no vincula a la manera de Friedrich la justicia con la democracia. Busca otros senderos en los cuales es discutible que logre desprenderse de aquellos supuestos filosófico-políticos que, al parecer, desea criticar. Así, puede lucir crítico del utilitarismo y, al mismo tiempo, ser señalado como vinculado a tal postura.

Para conciliar libertad e igualdad, Rawls planteó una serie de *ideales éticos realizables*. Con ello quería superar las *críticas libertarias* (Robert Nozick, 1938-2002) y *comunitaristas* (Michael Walzer, 1935 y Michael Sandel, 1953). El semianarquismo de Nozick[6] no busca, como el planteamiento teórico de Rawls, un sistema. Frente a la crítica *comunitarista* —que señalaba que la igualdad rawlsiana debería fundarse en la naturaleza social de la persona humana, en la realidad de quienes viven en una comunidad ligados por solidaridades profundas y por valores comunes— Rawls

6 Robert Nozick publica en 1974 *Anarchy, State and Utopia,* obra que fue vista como respuesta a *A Theory of Justice* de Rawls, publicada en 1971. Nozick buscó, en una especie de nomadismo intelectual, la superación de las deficiencias de la cultura dominante. El Nozick de los años 80 del siglo XX era de un extremo liberalismo. Tan extremo, que no resulta exuberancia retórica decir que lindaba con el anarquismo. Su insatisfacción lo llevó a buscar lo que percibía que faltaba a su visión. No parece haberlo encontrado: nunca se llega al infinito por la vía de la afirmación radical de la finitud. Ni la total inmanencia resulta el sendero adecuado para llegar a la trascendencia. Luego de un tiempo de reclusión en un monasterio budista, publicó, aún con la plena certeza de no haber llegado a puerto, *Meditaciones sobre la vida* (Nozick, 1992).

desarrolló una reflexión plasmada en los ensayos recogidos en *Liberalismo político*. Así, distinguió entre el liberalismo como *Weltanschauung* y como *pensamiento político* (Cohen, 2003: 54-57).

Como *concepción del mundo y de la vida*, el liberalismo, según Rawls, pone el énfasis en lo moral, por la vía de la *opción personal autónoma* en cuanto guía de la conducta. Rawls se proclama, en este sentido, seguidor del pensamiento de Immanuel Kant y John Stuart Mill. La vida debe vivirse, desde esa óptica, de manera racional con opciones morales. Sostiene que para vivir son necesarias *opciones morales* como *opciones de vida*. En las *opciones de vida* Rawls disminuye, sin embargo, la importancia de la religión, la autoridad y la tradición.

Como *perspectiva política*, el liberalismo no centra su atención en las decisiones personales. Según Rawls, es básicamente un compromiso con las libertades individuales y políticas. Para él, el *liberalismo político* supone una actitud *básicamente tolerante*. Se detiene en la consideración de la contradicción o antagonismo entre el liberalismo moral laicista y los principios y creencias religiosas. La vía instrumental para superar esa contradicción está, según Rawls, en la afirmación del *pluralismo* y la búsqueda de *consensos*; consensos que considera necesarios (respetando siempre la pluralidad religiosa y política) para la existencia de una democracia verdadera.

El empeño de liberalismo político de Rawls radica en mostrar que el liberalismo como opción temporal en el campo de lo público viene a ser la postura de mayor tolerancia. Según él, desde la hipótesis de tolerancia del liberalismo político podía lograrse la *razón pública común* de una democracia pluralista, en cuyo seno pueden y deben armónicamente convivir, personas con credos religiosos y convicciones morales diferentes, con pleno respeto de la libertad individual y con logros patentes en la búsqueda de la justicia desde la igualdad. Podrían así, según Rawls, convivir armónicamente, apoyados en el respeto mutuo, quienes tuvieran diversas creencias religiosas y distintas visiones de la moral. La tolerancia y la razón pública común resultarían, así, elementos de

mutua referencia. La tolerancia de Rawls resulta, teóricamente, más amplia y sincera que la de Locke, en quien dice inspirarse.

A su entender, la sociedad democrática liberal se distingue por el *pluralismo razonable*. Éste reclama la *razón pública*, que tendría junto a su núcleo duro un núcleo dúctil. El núcleo duro de la razón pública está integrado por los valores superiores de libertad e igualdad y por la tradición de interpretación constitucional de los mismos (Zambrano, 2001). El marco de razonabilidad viene dado por las decisiones de los tribunales supremos o constitucionales, que no pueden caprichosamente ignorar la jurisprudencia reiterada que hace formar parte del núcleo duro determinados valores y principios. Ignorar el núcleo duro tanto en el ámbito legislativo como en el judicial equivale a toma de *decisiones fuera de los límites de lo razonable*. Es decir, supone (al igual que la pretensión de legislar mediante el llamado *activismo judicial*) un atentado al orden constitucional; para decirlo con los propios términos de Rawls, una *revolución* en sentido estricto.

Rawls intenta, pues, vincular al *ideal de razón pública* los valores liberales de tolerancia y neutralidad. Para él, sin embargo, el espacio público debe estar libre de concepciones comprehensivas. Para su óptica liberal, la democracia pluralista no admite socialmente acuerdo sobre concepciones personales. Por ello, desde tal perspectiva, resulta necesario apartar los juicios morales de los espacios públicos. Tal postura no deja de ser problemática, porque pretende presentar como inescindibles una visión *sui generis* de la tolerancia y la posibilidad de la inclusión social. Como han señalado los comunitaristas, criticando el enfoque de Rawls, su pretendida mentalidad liberal no permite identificar tolerancia y pluralismo, sino que arropa nuevas formas de autoritarismo. "El valor liberal de la neutralidad —ha señalado Fernanda Diab— aparece claramente en el ideal de la razón pública de Rawls, porque allí se trata de evitar que en el ámbito público se discutan cuestiones relacionadas con los conceptos del bien que tienen los individuos" (Diab, 2006: 73-74). Y añade, señalando uno de los puntos débiles de la perspectiva rawlsiana, que queda

a menudo sin respuesta, que todos los límites de la tolerancia suelen responder para quienes los proclaman a un compromiso con un determinado sistema de valores, lo que parece incompatible con la neutralidad. "Por esto —dice Diab— los liberales justifican la intolerancia frente a los intolerantes, sólo que es algo retórico porque dicha intolerancia se define en virtud de su propio sistema normativo" (2006: 78).

La visión rawlsiana de la democracia pluralista termina, así, por ser una visión reductiva a una democracia política asentada en una concepción del pluralismo, que tiene como piedra angular su idea de razón pública. Rawls no lo oculta, si bien su fundamentación evade argumentaciones filosóficas de fondo.

> No todas las razones —expone— son razones públicas: no lo son, por ejemplo, las razones de las iglesias y de las universidades y de muchas otras asociaciones de la sociedad civil… La razón pública es característica de un pueblo democrático: es la razón de sus ciudadanos, de quienes comparten una posición de igual ciudadanía. El objeto de su razón es el bien público: aquello que la concepción política de la justicia exige a la estructura institucional básica de la sociedad y a los propósitos y fines que las instituciones han de servir (Rawls, 1994: 5-6).

Y agrega:

> La razón pública, pues, es pública de tres maneras: como razón de los ciudadanos en cuanto tales, es la razón del público; su objeto es el bien público y cuestiones de justicia fundamental; su naturaleza y su contenido es público, y está dado por los ideales y principios expresados por la concepción de la justicia política que tiene la sociedad, ideales y principios desarrollados, sobre esa base, de un modo abierto y viable (Rawls, 1994: 5-6).[7]

La restricción apriorística de la validez discursiva pública de argumentos de índole religiosa o filosófica, como ha señalado

[7] Este texto recoge la "Lecture VI" de *Political Liberalism.*

Iván Garzón Vallejo, siguiendo a Amy Gutmann, es un rasgo difícilmente conciliable con una perspectiva democrática (Gutmann en Garzón Vallejo, 2010: 60).

Comentando a Rawls, Bruce Ackerman (1943)[8] dice que "la tarea es centrar la cultura política, no racionalizarla; mejorarla y luchar contra la regresión autoritaria" (Ackerman, 1997: 17). El problema está en que, a menudo, la *regresión autoritaria* puede también engalanarse con ropaje sedicentemente liberal. En la actualidad, pareciera encarnarse de manera muy antipopular, con fanatismo engreído (no *sin* el pueblo, sino *contra* el pueblo: con violencia contra los principios, creencias y convicciones de las mayorías ciudadanas) por grupos poseídos de un fundamentalismo secularista que desde las cortes supremas o constitucionales se dedican al ejercicio de la arbitrariedad y no a la plasmación social de la justicia con respeto de la tolerancia, la libertad y la igualdad. El fanatismo de los "iluminados" en función de altos magistrados, atenta, así, tanto a los principios constitucionales de los cuales deberían ser garantes, como a los derechos fundamentales de los ciudadanos, comenzando por el respeto debido a las conciencias y a las creencias individuales de quienes son las *mayorías ciudadanas reales*. Es el lamentable resultado de la politización del derecho y la ideologización de la justicia. El *activismo judicial*, en unos casos, y el *llamado uso alternativo del derecho*, en otros, suponen la contemporánea perversión ideológica e instrumental del derecho y la negación de todo auténtico liberalismo político mediante la soberbia de los jueces plasmada en la violencia injusta de sus decisiones, atentatoria a la armónica y pacífica convivencia social cimentada en la justicia. El *activismo judicial* es, hoy por hoy, la máxima expresión de la *regresión autoritaria*, pues sólo concibe el futuro moldeado por el estrecho canal de sus prejuicios (colocando a tales prejuicios por encima, más allá de cualquier diálogo crítico), poniendo, además en evidencia una carencia extrema de capacidad dialógica, requisito *sine qua non* para la

8 Publicado originalmente en *The Journal of Philosophy*, 1994: 364-386.

búsqueda de la *razón pública común*, sin la cual, según Rawls, no es viable el *pluralismo democrático*.

La *razón pública*, para Rawls, no es algo que deba ser definido por el derecho. Ella viene a ser una *concepción ideal de ciudadanía* para un régimen constitucional democrático. Por tanto, no sería una extrapolación inválida deducir que si esa concepción ideal de ciudadanía no es definida por el derecho, ella sí debe, por el contrario, según Rawls, definir el derecho. Y, entonces, nos encontramos de lleno en el riesgoso campo de la *ideologización del derecho*, que equivale a la visión de lo jurídico positivo como instrumento de la regresión autoritaria de imponer la concepción ideal que la postura filosófico-política de algunos magistrados, que, con actitudes sedicentemente liberales, hagan de la arbitrariedad *praxis* reñida con las convicciones, principios y creencias de las mayorías ciudadanas, en detrimento del respeto que tales mayorías merecen y de la tolerancia y el pluralismo realmente democráticos. Quizá más allá de sus propios deseos, la concepción de Rawls puede inspirar una concepción avalórica y afilosófica de la justicia [*contradictio in terminis*], que pudiera terminar, en este sentido, siendo prácticamente ahistórica. No sin fundamento, pues, en el caso de Rawls, una perspectiva analítica puede encontrar una pretensión de apoliticidad y ahistoricidad criticada, entre otros, por Benjamin R. Barber (1939).[9]

IV. *THE LAW OF PEOPLES*[10]

El derecho de gentes apareció en 1999. En el conjunto de ensayos y conferencias que forman este libro, Rawls proyecta su visión de la justicia en las relaciones entre los pueblos, partiendo del supuesto de que existen entre ellos diversos ideales de justicia, diversas tradiciones y valores.

---

9 *Cfr.* Barber, 1978 y en el mismo volumen, Fisk, 1978: 55-ss. *Cfr.* también Fisk, 2004.

10 *Cfr.* la edición española: Rawls, J. (2001), *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós.

Corresponde, a su entender, a los distintos pueblos decidir los principios que deben gobernar la sociedad de los pueblos, regida por el *derecho de gentes* (*the Law of Peoples*). Para lograr el *consenso entre los pueblos* en la búsqueda de tal fin, la *tolerancia* adquiere un relieve de valor clave.

Desde su punto de vista, una *sociedad democrática liberal* no debería pedir que todas las sociedades tuvieran su mismo modelo.

El *derecho de gentes* debe, según Rawls, reconocer condición de igualdad a los que denomina (usando una terminología que sorprendió a algunos y le provocó no pocas críticas) *decent hierarchical peoples* (*pueblos decentemente jerárquicos* o, más sencillamente, *pueblos decentes*). La crítica sobre su terminología se debió, en buena parte, a que habla de *pueblos* y no de *Estados*. Cuando precisa su concepto, sin embargo, destaca comportamiento de los Estados. Rawls señala que *pueblos decentes* son aquellos que no son agresivos en sus relaciones con los demás pueblos, que respetan los derechos humanos y promueven el bien común de sus integrantes. Es decir, señala como pueblos decentes aquellos en los cuales se respeta el mínimo de libertades, como la libertad de creencia religiosa y la libertad de expresión.

En *política internacional* adquirió carta de ciudadanía el concepto de *Estado forajido*, para calificar aquel Estado en el cual las libertades básicas están negadas, y a su negación interna de los derechos humanos vincula en el plano externo su recurso al terrorismo. El concepto de *pueblos decentes* de Rawls no ha tenido, hasta el presente, sin embargo, demasiada acogida. Quizá en la onda de la teoría política prevalente en las décadas finales del siglo XX, evitó Rawls deliberadamente hablar de *Estado-nación*, cuya muerte proclamó, con más rotundidad que certeza, buena parte de la doctrina del mundo anglosajón.

V. Conclusión

La obra de Rawls se orienta más hacia el campo de la filosofía moral y política que a la estricta consideración de la normatividad ju-

rídica. A pesar de tal orientación, su rechazo a una consideración teleológica de la conducta humana en el coexistir social conduce, como con agudeza señaló Ricoeur, a una pretensión de racionalidad política sin el soporte de una auténtica racionalidad moral. Para ello, resulta necesario un afianzamiento en un formalismo kantiano como base del concepto procedimentalista de la justicia. Más que a una axiología jurídica y política, la visión rawlsiana pareciera buscar en lo procedimental la base de una racionalidad política que él considera intrínseca a la visión liberal del mundo y de la vida; y que, con la afirmación del pluralismo y la tolerancia, le parece puede perfectamente armonizarse con un liberalismo político en sentido estricto.

La dificultad pareciera hacerse evidente cuando los criterios ideológicos de un liberalismo político se consideran rectores de una concepción del liberalismo como *Weltanschauung*, y en el ejercicio de la función judicial el llamado *activismo judicial* busca, con abierta ideologización del derecho y de la función de los jueces, imponer forzadamente concepciones apriorísticas de los derechos fundamentales en abierta contradicción con las creencias y valores de las mayorías ciudadanas. La racionalidad política rawlsiana resulta, entonces, no sólo ignorada, sino deformada y descaradamente utilizada por los factores de oligarquías autocráticas enquistadas en los altos tribunales (cortes constitucionales, tribunales supremos), que sólo admiten concepciones de la sociedad y del derecho —y, por tanto, de la justicia— derivada o compatible con un dogmatismo que no tiene nada que ver con la racionalidad, la política o el derecho, sino con un desordenado afán de imponer la violencia de las ideas de minorías "iluminadas" a mayorías ciudadanas, que no sólo no las comparten, sino que vehementemente las rechazan.

La paradoja de Rawls pareciera mostrarse en el hecho de hacer énfasis en la justicia, virtud moral, en su dimensión social jurídico-política, pretendiendo, a la vez, evadir la construcción de —o la opción por— una concepción de la moral. Es allí donde el liberalismo práctico termina identificado con un relativismo

ético, que le obliga a buscar el posible equilibrio y la deseable armonía en una especie de coraza procedimental. Ésta resulta insuficiente —moral, política y jurídicamente— para garantizar la igualdad y la libertad que son el *telos* de su planteamiento y el soporte teórico de la racionalidad rawlsiana. Llamar liberalismo a los ropajes autoritarios tendentes al totalitarismo del *decisionismo intuicionista* del *activismo judicial* del presente, muy posiblemente hubiera sido rechazado por la buena intención de Rawls. Pero, llegados a este punto, nos movemos ya en el marco de las conjeturas. La *inclusión de los relativistas*, cuando se proyecta la teoría en la praxis, suele resultar la *exclusión de mayorías* y la aparición de un fanatismo autoritario de nuevo cuño no sólo difícil de conciliar con la democracia como forma política y como forma de vida (para usar los términos de Friedrich), sino abierta y violentamente contraria a ella.

Como ha señalado Iván Garzón Vallejo, en Rawls "el liberalismo político deviene en una cosmovisión de lo político que se extiende hasta lo civil". Por eso, agrega, "la razón pública sólo puede ser concebida como una concepción más en el debate democrático, desvirtuándose con ello su pretensión de situarse como un dominio que permite englobar las diferentes concepciones, o como un módulo susceptible de ser superpuesto sobre todas las doctrinas comprensivas promoviendo un consenso político fundamental" (Garzón Vallejo, 2010: 63).

La búsqueda de una moralidad y una racionalidad política que sirvieran de base a un liberalismo realmente tolerante, que permitiera dar razón de la pluralidad democrática sin desviaciones autoritarias, resulta, así, en la obra de Rawls, una meta inalcanzada, justamente por el déficit señalado de filosofía y de política que hace de su *razón pública* un dogmatismo formal que, en la práctica, alienta las manifestaciones de la manipulación ideológica del derecho, típicas del neoautoritarismo nada democrático del llamado *activismo judicial*.

VI. Bibliografía

Ackerman, B. (1994), "Political Liberalisms", *The Journal of Philosophy*, 91 (7).

——— (1997), "Liberalismos políticos", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (1-2).

Barber, B. R. (1978), "Justifying Justice: Problems of Psychology, Politics and Measurements in Rawls", en Norman, Daniels *et al.* eds., *Reading Rawls: Critical Studies of A Theory of Justice*, Oxford, Basil Blackwell.

Cecilia Lafuente, M. A. (1998), "Introducción al pensamiento de Paul Ricoeur", *Thémata, Revista de Filosofía* (19).

Cohen, J. (2003), "John Rawls: la búsqueda de la justicia", *Letras Libres* (17).

Cruz Prados, A. (2006), *Ethos y Polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, EUNSA.

D'Agostino, F. (2007), *Filosofía del derecho*, Bogotá, Temis/Universidad de La Sabana.

Diab, F. (2006), "Razón pública, tolerancia y neutralidad", *Actio* (7).

Fisk, M. (1978), "History and Reason in Rawls Moral Theory", en N. D. (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies of A Theory of Justice*, Oxford, Basil Oxford.

——— (2004), *Bienes públicos y justicia radical*, Cali, Programa Editorial de la Universidad del Valle.

Friedrich, Carl J. (1967), *La democracia como forma política y como forma de vida*, Madrid, Tecnos.

Gargarella, R. (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós.

Garzón Vallejo, I. (2010), "Los dilemas del carácter público de los argumentos filosóficos y religiosos en el liberalismo de John Rawls", *Praxis Filosófica* (30).

GUTMANN, A. (2008), *La identidad en democracia*, Buenos Aires, Katz.

MACINTYRE, A. (1981), *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Notre Dame, University of Notre Dame Press.

——— (1990), *Three Rival Versions of Moral Enquiry (The Gifford Lectures)*, Notre Dame, University of Notre Dame Press.

MONTOYA LONDOÑO, M. (2011), *Ética y hermenéutica: un diálogo entre Paul Ricoeur y John Rawls*, Bogotá, Universidad de la Salle.

NEPI, P. (2000), *Identità del soggeto morale in Taylor, Macintyre e Jonas*, Roma, Studium.

NOZICK, R. (1974), *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books.

——— (1992), *Meditaciones sobre la vida*, Barcelona, Gedisa.

RAWLS, J. (1985), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

——— (1994), "La idea de una razón pública", *Isegoría*, 5-6.

——— (2001), *El derecho de gentes y "una revisión de la idea de razón pública"*, Barcelona, Paidós.

RICOEUR, P. (1988), "Le cercle de la demonstration", en AUDARD, C. *et al.*, *Individu et Justice Sociale: autour de John Rawls*, París, Edition du Seuil.

——— (1995), *Le Juste I*, París, Espirit.

——— (1997), *Lo Justo*, Santiago de Chile, Juridídica de Chile.

——— (2000), *The Just*, Chicago, Chicago Press.

——— (2001), *Le Juste II*, París, Espirit.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. (1999), "La debilidad política del liberalísmo de John Rawls", *Revista Internacional de Filosofía Política* (14).

ROGERS, B. (27 de 11 de 2002), Obituary John Rawls. Recuperado el 14 de 04 de 2007, de *www.guardian.co.uk: www.guardian.co.uk/obituaries/story/0,3604,848488,00.htm*

WOLFF, R. P. (1981), *Para comprender a Rawls: una reconstrucción y una crítica de la Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

ZAMBRANO, P. (2001), "La razón pública en Rawls", *Anuario de Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* (5).

LA DISCRIMINACIÓN EN LA JUSTICIA RAWLSIANA: ¿ERRORES U OMISIONES?

Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA*

El derecho humano a la no discriminación tiene una entidad propia; posee una historia política relevante y compleja y múltiples vertientes de historia jurídica. De tal modo que es aconsejable identificarlo con una forma precisa de igualdad, a saber: la igualdad de trato. Esta idea de igualdad se basa en el enunciado moral fundamental de que toda persona, poseedora de una dignidad incontestable expresada no bajo supuestos metafísicos, sino de su condición de sujeto de derechos, debe por ello ser tratada sin excepciones ni exclusiones arbitrarias.

Una forma secularizada, y por ello aceptable para distintos credos y percepciones del mundo, de entender la dignidad individual está, en efecto, fundamentada en el discurso contemporáneo de los derechos humanos. La dignidad democrática contemporánea está vinculada a la titularidad de derechos fundamentales que caracteriza a toda persona. Así aparece, primero, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (ONU, 1948); y luego en el artículo 1o. de la misma: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". En

* Universidad Autónoma Metropolitana (México).

este orden de discurso, la postulación de la dignidad igualitaria supone que toda persona, además de libre, debe ser tratada de una manera que corresponda a su dignidad intrínseca. El postulado de la igualdad de trato recoge esa demanda moral.

La no discriminación equivale a una forma de igualdad que parifica a los sujetos en tanto que personas morales dignas de respeto y trato justo. Una enunciación adecuada para este derecho puede ser hallada en el feliz título que Gustavo Ariel Kaufman encontró para su estudio comparado de derecho antidiscriminatorio: *Dignus inter Pares* (2010). En efecto, la afirmación igualitaria del derecho a la no discriminación tiene que ver, no con una parificación homogenizante o con una disolución del individuo en el colectivo que le circunda, sino con una igualación en derechos y oportunidades que salvaguardan e incluso estimulan la expresión de nuestras diferencias idiosincráticas, preservando la dignidad de cada persona. Dice Kaufman: "La dignidad humana no es un derecho, sino una fuente de derechos. La prohibición de humillar al prójimo, que incluye en especial la prohibición de discriminar a grupos estigmatizados, es la expresión jurídica más cercana a sus objetivos fundamentales" (Kaufman, 2010: 121).

Empero, debe reconocerse que la equiparación de la no discriminación a la igualdad de trato es relativamente novedosa y se halla en vías de acreditación intelectual, política y jurídica. No debería extrañar que la formulación normativa de la no discriminación haya estado históricamente asociada con otra de las formas de igualdad más relevantes del mundo moderno: la igualdad de oportunidades. La relación entre la no discriminación y la igualdad de oportunidades es a tal punto relevante que buena parte de la interpretación de la vigencia del derecho a la no discriminación depende de la constatación de la existencia o inexistencia de una genuina igualdad de oportunidades.

La igualdad de oportunidades no se disuelve en la noción de igualdad de ingreso o socioeconómica, aunque, en el contexto del contemporáneo Estado de bienestar, no se puede concebir ninguna ruta efectiva de nivelación económica y reducción de la

desigualdad de ingresos que no pase por un esquema social de igualdad de oportunidades. Según William Galston, los dos pilares igualitarios o distributivos de una sociedad liberal moderna son: a) la distribución de los bienes sobre la base de las necesidades de los ciudadanos equitativamente consideradas, y b) la adjudicación de oportunidades sociales según un criterio de derecho equitativo de participación. En el caso de la sociedad norteamericana, este derecho "…ingresó en el pensamiento político norteamericano bajo la rúbrica de 'igualdad de oportunidades'. Gran parte de la historia social norteamericana puede ser interpretada como una lucha entre los que deseaban ampliar el alcance de su aplicación y los que buscaban restringirlo"[1] (Galston, 1986: 89). En efecto, la exigencia de igualdad de oportunidades se convirtió, durante el siglo XX, en uno de los pilares del Estado de bienestar, aunque, como veremos, existe una gran disparidad de opiniones respecto de lo que debe constituir su contenido distintivo.

En la filosofía política contemporánea, fue precisamente John Rawls quien asignó a la noción de igualdad de oportunidades, y de manera más específica a la de *igualdad justa de oportunidades* (*fair equality of opportunity*), una función sustancial en la reducción de las desigualdades injustificables en el contexto de una sociedad bien ordenada. Trataremos aquí de precisar qué tipo de relación conceptual podría tener la idea rawlsiana de igualdad de oportunidades con el principio moral de no discriminación.

El ideal rawlsiano de igualdad económica se sustenta en dos mecanismos precisos de compensación: la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia. En ambos casos, la justicia se hace posible por los tratamientos preferenciales a favor de las posiciones menos aventajadas. Estos tratamientos, según Rawls, no abonan el terreno de la desigualdad, sino que ponen a la estructura básica de la sociedad en una tendencia hacia la igualdad.

El argumento rawlsiano acerca de la compensación de las posiciones sociales menos aventajadas mediante la igualdad justa

[1] Traducción libre del autor.

de oportunidades y el principio de diferencia han articulado el paradigma, dominante en la filosofía política contemporánea, de una idea de justicia definida por el *principio de compensación social*. La categoría de *compensación social* también está en la base de las múltiples defensas de la llamada *acción afirmativa*, sólo que con la especificidad de que sus posiciones de referencia no son categorías socioeconómicas (los menos aventajados en ingreso y riqueza), sino categorías de sexo o género, de etnia, de capacidades o de edad.

El análisis conceptual de la igualdad de oportunidades hace visible un rasgo destacado de la discusión contemporánea sobre el complejo derecho a la no discriminación. En esta discusión, no es la idea misma de compensación social la que se ha sometido a poderosas críticas, sino su versión antidiscriminatoria, que es la denominada acción afirmativa. La compensación social se ha convertido en el foco de una aguda crítica normativa y política cuando se ha llevado fuera de su campo originario de aplicación (la educación, la salud, las pensiones, los sistemas progresivos de impuestos, etcétera) en el contexto del Estado de bienestar, y se le ha tratado de aplicar como estrategia de resarcimiento para beneficiar a grupos particulares definidos por desventajas en principio no económicas (mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad, grupos de edad), y que han sufrido discriminación en un registro histórico de duración secular. La crítica a esta extrapolación ha provenido incluso de pensadores que, como Brian Barry o John E. Roemer, han construido poderosos discursos igualitarios en los que se rechaza la supuesta espontaneidad distributiva de las fuerzas del mercado y se aboga por mecanismos estructurales, políticamente acordados, de nivelación social.

Es frecuente, como en el caso del argumento de John E. Roemer, que el contraste valorativo se presente entre una idea de compensación universal (salud y educación públicas) y una compensación, como la preconizada por la acción afirmativa, focalizada en determinados colectivos discriminados y, por ende, excluyente de grupos a los que se considera no discriminados.

Conforme al criterio de Roemer, la igualdad de oportunidades perdería su función de nivelación democrática cuando pierde también su alcance general o universal (Roemer, 1998).

El argumento de Roemer es poderoso, pero cuando dirigimos la atención a la historia misma de la política social, en la que la idea de los derechos universales de bienestar ha sido predominante, encontramos que la supuesta universalidad del Estado social es siempre inconsistente. De hecho, nunca ha existido la universalidad efectiva en la política social, pues lo usual ha sido identificar la condición de los trabajadores formales como equivalentes de los ciudadanos sujetos de derechos sociales, constituyendo la noción de universalidad mediante una extrapolación de un grupo particular a la idea de ciudadanía misma. Por ello, debe tenerse presente que la exigencia de compensación socioeconómica a los grupos desaventajados tiene un carácter más normativo que descriptivo. Incluso en las naciones con larga experiencia de un Estado de bienestar, en las que la universalidad de los derechos sociales parece garantizada, la distinción entre nacionales y extranjeros, o la de asalariados y no asalariados, da lugar a un alejamiento del ideal de la cobertura total de la política social. Tómese en cuenta, además, que en muchos países democráticos el derecho universal a la salud ha estado, durante mucho tiempo, vinculado sólo con las trayectorias laborales formales, mientras que las personas no empleadas en el mercado laboral formal no tienen acceso a tal derecho. Ello explica porqué en las nuevas políticas de bienestar y salud se busque garantizar la salud por vías de universalización efectiva del bienestar, que antes, en el contexto del modelo histórico del Estado de bienestar, podían parecer descabelladas, como la exigencia de una renta básica universal o la cobertura sanitaria sin sujeción al mercado laboral formal.

Aunque los derechos de compensación socioeconómica, que sustancian la idea contemporánea de justicia distributiva, y el derecho a la no discriminación, abrevan del mismo valor político (o bien, del mismo valor moral) que postula la deseabilidad del

tratamiento compensatorio, en una perspectiva de más amplio alcance, sus afinidades o coincidencia de ruta no se logran mantener debido, precisamente, al tema de la cobertura universal de la compensación. Por ello, para la construcción de un argumento moral respecto de la no discriminación, la equiparación de la acción afirmativa con los derechos de bienestar del Estado social y democrático de derecho no debería ser llevada demasiado lejos, pues si bien existe coincidencia entre el tratamiento preferencial y los derechos de bienestar en su común pertenencia a la tradición de la compensación a los menos aventajados, en modo alguno ha de perderse de vista que no es la universalidad de los derechos de bienestar lo que construye la justificación normativa de la no discriminación. En efecto, la fuerza normativa de la compensación antidiscriminatoria proviene, no de la idea de que toda persona podría tener derecho al tratamiento diferenciado, sino del hecho de que las políticas que aconseja están dirigidas a grupos que con frecuencia son minorías, y que como tales sufren de una desventaja inmerecida en la distribución de los beneficios de la cooperación social.

Con este supuesto, podemos decir que lo que justifica normativamente los tratamientos diferenciados con propósitos compensatorios es, en sí misma, la situación de desventaja que tales grupos han sufrido a lo largo de la historia. Si se quiere formular este asunto en términos del merecimiento de los sujetos a una compensación, se tendría que decir que no se es merecedor de la compensación porque se pertenece a una categoría social general, sino sólo porque al margen de la categoría a la que se pertenezca —general o grupal— se padece una posición de desventaja de trato estructural que no puede ser remontada sólo con las necesarias pero insuficientes políticas de bienestar general propias del Estado de bienestar.

Las sociedades democráticas contemporáneas compensan una y otra vez a grupos sociales completos. A pocos resulta escandaloso que se compense a las personas por una mala distribución de la riqueza o el ingreso o por una situación de desprotección

educativa o sanitaria. Las defensas políticas de la salud pública y de la educación pública son abundantes, hasta tal punto que han sido defendidas incluso en el marco del discurso de defensa de la economía de mercado. Debe recordarse, por ejemplo, que el mismo fundador de la tradición liberal económica, Adam Smith, llegó a defender la idea de una educación pública, garantizada por el Estado, cuando el mercado no puede por sí mismo hacer posible este acceso:

> …el Estado ¿no debe prestar atención a la educación del pueblo? …Hay casos en que la situación misma de la sociedad coloca a la mayor parte de los individuos en condiciones de adquirir por su cuenta, sin la intervención del gobierno, todas aquellas técnicas y virtudes que el Estado exige o admite. En otras circunstancias, la sociedad no coloca a la mayor parte de los individuos en semejantes condiciones, y entonces es necesaria la atención del Gobierno para precaver una entera corrupción o degeneración en la gran masa del pueblo (Smith, 1998: 687).

Por otra parte, tampoco resulta particularmente divisivo en las democracias contemporáneas el argumento que sostiene que se debe compensar a quienes, de manera temporal, padecen una situación de desventaja inmerecida. Por ejemplo, se entiende de manera generalizada como una razonable obligación del Estado, la compensación a los grupos que han sido afectados por algún fenómeno meteorológico o una catástrofe natural. Tampoco es infrecuente que el Estado otorgue compensaciones y ventajas grupales de distinta especie a quienes han sufrido los efectos de cierta criminalidad especial, como la del terrorismo. En estas situaciones, parece lógico al sentido común o cultura política general de una democracia que se compense durante un periodo, y a veces de forma indefinida, a quienes han quedado, por motivos fuera de su control o de su responsabilidad, en situación de desprotección, desventaja o desposesión.

Sin embargo, el modelo de compensación a los grupos en razón de un pasado discriminatorio no goza del mismo consenso

espontáneo en las sociedades democráticas. El derecho a la no discriminación se hace divisivo cuando, en su formulación compleja, exige compensaciones particulares hacia grupos desaventajados por género, etnia, discapacidad u otras razones no precisamente económicas o catastróficas. De todos modos, y como dato contextual que abona el argumento de una definición compleja del derecho a la no discriminación, puede recordarse que en los Estados cuyo sistema constitucional está inclinado a la idea de compensación socioeconómica o guiado de manera explícita por los valores de solidaridad y reciprocidad sociales (por ejemplo, Alemania o España), la idea de hilvanar conceptualmente la no discriminación con el tratamiento preferencial ha sido menos disonante que en Estados (Inglaterra, Estados Unidos) donde los mecanismos de compensación para los menos aventajados están fuera de la constitución.

Una buena manera de formular la idea de que la mejor defensa normativa del tratamiento compensatorio antidiscriminatorio en el horizonte de la justicia consiste en entenderlo como una estrategia deseable que nos permita acercarnos a un ideal de igualdad, lo que asegura tanto su función instrumental (es una categoría política al servicio del valor de la igualdad pero inconfundible con éste) como su temporalidad determinada por sus propios logros (el tratamiento preferencial ha de dejar de existir precisamente por su capacidad de eliminar las condiciones que lo hicieron aconsejable). Por ello, al encarar el debate del tratamiento preferencial en general, y de la acción afirmativa en particular, parece razonable descargarlo del tono de una discusión acerca de principios últimos de igual valor y alcance (tratamiento preferencial versus tratamiento homogéneo) como solemos hacer cuando enfrentamos, por ejemplo, la igualdad con la libertad o la soberanía popular con los derechos individuales, y verlo más, conforme al lenguaje rawlsiano, como un tema de justicia no ideal cuyo espacio natural es el de las políticas públicas y su idoneidad para alcanzar las metas futuras de una teoría ideal de la justicia.

En todo caso, el problema que debe resolverse respecto de esta disputa de conceptos de no discriminación es el de la capacidad emancipadora y la deseabilidad práctica de las estrategias políticas e institucionales vinculadas a las definiciones llana y compleja de no discriminación. Entendemos la definición llana de no discriminación como la que identifica la igualdad de trato con la prohibición de todo tratamiento diferenciado negativo hacia una persona o grupo de personas sobre la base de prejuicios vinculados a rasgos o atributos como el sexo, la etnia, la edad, la religión, la discapacidad, etcétera. Entendemos la definición compleja como aquella que, asumiendo el contenido de la definición llana (la prohibición del tratamiento diferenciado arbitrario) postula la necesidad de un tratamiento preferencial temporal dirigido a compensar a un grupo discriminado por los efectos de la acumulación ejercida en su contra en un registro de larga duración histórica.[2]

Si se trata de fundar estas estrategias sólo en la definición llana de no discriminación, el riesgo que se corre es el de dejar intactos los mecanismos estructurales de exclusión de los grupos discriminados y, de manera derivada, establecer una limitación en la legitimidad del Estado democrático para intervenir a favor de grupos secularmente excluidos y para imponer medidas de compensación orientadas a revertir la discriminación históricamente desplegada. Si se admite, por el contrario, que la no discriminación contiene de suyo estas obligaciones compensatorias del Estado, entonces se tendrá que asociar el valor de la igualdad a un sentido fuerte del tratamiento preferencial como estrategia para avanzar los fines mismos de la igualdad de trato, aunque con el riesgo de estatuir nuevas desigualdades que se sedimenten y tiendan a la permanencia.

No deja de llamar la atención que las críticas más fuertes, o al menos las más argumentadas, al tratamiento preferencial se ha-

---

2 Véase un desarrollo completo de estas definiciones llana y compleja de no discriminación en mi libro de 2006: *Un marco teórico para la discriminación*, México: Conapred.

gan siempre por referencia al principio democrático de igualdad. Esto podría generar la impresión de que en la experiencia de los Estados democráticos la idea de compensar a un grupo que ha sufrido asimetría social y dominio injusto apareció sólo con el debate del derecho a la no discriminación. Pero validar esta impresión sería históricamente inaceptable. De hecho, como se argumentó arriba, la historia de todos y cada uno de los Estados democráticos en el siglo XX registra la existencia de instituciones y políticas públicas de amplio alcance cuyo fin es dar lugar a compensaciones por injusticias históricamente asentadas. La experiencia del denominado Estado de bienestar o, para enunciarlo en términos jurídico-políticos, del Estado social y democrático de derecho, con su caudal de derechos sociales, como la educación y salud públicas, los sistemas de pensiones, los derechos laborales, e incluso los proyectos actuales de renta básica universal, dan cuenta de una larga práctica política, y una correspondiente familiaridad y legitimidad sociales, respecto de la idea de que las injusticias del pasado ameritan una compensación ejecutada o dirigida por el Estado.

Existe también, desde luego, una larga crítica neoliberal o *liberista* a las atribuciones compensatorias del Estado en materia de justicia distributiva; sin embargo, aun los programas políticos más orientados a la desregulación y la crítica de las dimensiones y atribuciones del poder público aceptan algún tipo de mecanismo de compensación en el terreno de la justicia distributiva. La idea teorizada por Locke y Kant, en los siglos XVII y XVIII, respectivamente, de que la intervención del poder público para alterar la distribución de propiedad, rangos o riqueza es siempre ilegítima y contraria a una sociedad libre, quedó agotada y superada en la política del siglo XIX.

Por ello, si la idea de compensación de las posiciones sociales menos aventajadas en el reparto de bienes sociales, para usar el lenguaje de John Rawls, ha acompañado al desarrollo de la democracia contemporánea, habría que preguntarnos porqué son tantas y tan agudas las críticas que se dirigen contra el argumen-

to del tratamiento preferencial en el contexto del derecho a la no discriminación.

En un marco democrático efectivo encontramos que, en efecto, no existe un conflicto significativo de justificación democrática de derechos sociales; es decir, de las titularidades de bienestar relativas al valor de la igualdad que impliquen medidas redistributivas económicas del Estado o estrategias de política social en los campos educativo, laboral, sanitario, etcétera, porque éstas han sido lo característico del Estado social y democrático de bienestar. El problema de justificación se refiere, más bien, a los derechos, atribuciones o titularidades compensatorios, disfrutables por unos grupos y no por otros, y que atienden a resarcimientos no necesariamente económicos ni incluidos en las políticas tradicionales de corte social, como la educación y salud públicas o los sistemas de pensiones, todos ellos adjetivados como universales. Dicho de otra manera, la compensación se convierte en objeto de agudos ataques cuando se formula a favor de grupos específicos que han sufrido discriminación (mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad), porque se les ve como *compensaciones particulares*, pero se acepta con mayor facilidad cuando se postula como vía de resarcimiento para categorías sociales más amplias: desempleados, pobres, personas sin educación, ciudadanos sin acceso a servicios sanitarios, trabajadores desprotegidos, víctimas de una guerra o del terrorismo y personas afectadas por catástrofes naturales.

Una manera adecuada de entrar al debate acerca de la deseabilidad del tratamiento preferencial en el horizonte de una concepción de la justicia en la que el principio de no discriminación se contemple de manera destacada puede ser la de recurrir a una pregunta formulada por Steven Lukes. En su texto "Five Fables About Human Rights" (1993), Lukes señala que la inclusión del principio de igualdad de oportunidades para todas las personas en el catálogo simple y abstracto de los derechos humanos no es particularmente problemático; es decir, que se trata de un principio difícil de rechazar por cualquier perspectiva vincu-

lada a la herencia moderna del valor de la igualdad. Sin embargo, la división de posiciones se genera cuando se plantea el tema de cómo efectivizar este principio. Inquiere Lukes: "¿Qué debe ser igual para que las oportunidades sean iguales? ¿Es una cuestión de no discriminación respecto de un contexto existente de desigualdades económicas, sociales y culturales o es ese contexto mismo el terreno en el cual las oportunidades puede ser hechas más igualitarias?"[3] (Lukes en Shute & Hurley, 1993: 39). Lukes formula la cuestión clave de la igualdad de oportunidades al distinguir entre dos posibilidades de acción estatal y social: o garantizar a toda persona oportunidades equitativas para competir por las posiciones y rangos sociales relevantes, de tal modo que su género, etnia, religión, edad, preferencia sexual o discapacidades no sean obstáculos para esta competencia, o bien emprender medidas afirmativas —siempre bajo la figura de acciones compensatorias— para equilibrar los puntos de partida de la propia competencia, de tal modo que los rezagos acumulados que derivan de ser, por ejemplo, mujer, indígena o persona con discapacidad en una sociedad históricamente discriminatoria, sean superados como condición misma de posibilidad de la competencia abierta por las posiciones y los rangos sociales relevantes. De manera llana, la cuestión es: o bien competir todas las personas tal como la historia discriminatoria nos ha hecho, o bien hacerlo sólo sobre la base de una compensación a los grupos que han sido tratados de manera desigual en el pasado y que, por ello, no podrían ganar esas posiciones que se abren a la competencia en un momento determinado.

De este modo, la formulación general y abstracta del principio de igualdad de oportunidades nos exige decidir ante la alternativa de aplicarlo de manera formal y externa a un sistema dado de roles asignados a los grupos y de dotaciones distribuidas de antemano a las personas (riqueza, educación, salud), o bien formularlo como el resultado futuro (como proyecto normativo)

---

3 Traducción libre del autor.

de una política que trata de *redefinir* el esquema de distribuciones que caracteriza a ese sistema en su momento actual. Esta disyuntiva es crucial, pues en un caso se trata de favorecer una visión de tal principio que deja intacta la estructura del sistema de oportunidades —fundamentalmente educativas y laborales— y abre las puertas de las oportunidades bajo el criterio de una igualdad formal de toda persona, mientras que en el otro domina la segunda interpretación, que postula la igualdad de oportunidades como una suerte de ideal regulativo, que habría de resultar de una transformación de ese sistema de oportunidades, lo que supone —o al menos justifica— la aplicación de medidas de tratamiento preferencial a favor de determinados grupos que en el pasado han sido objeto de exclusión y discriminación.

Si se admite que la segunda lectura de la igualdad de oportunidades no sólo es posible, sino también políticamente deseable, la pertenencia de la no discriminación al discurso de la igualdad democrática no tendría que reducirse al terreno de la prohibición de exclusiones y desprecio en razón de desventajas grupales inmerecidas por estigmas y prejuicios (la forma proveniente de la definición llana), sino que legitimaría la prescripción de medidas compensatorias que se concretan en tratamientos grupales diferenciados (la forma proveniente de la definición compleja).

En todo caso, no es extraño que esté muy extendida la idea de que la no discriminación deba entenderse como un enunciado *conceptualmente distinto* a la idea de tratamiento preferencial o de compensación social para grupos desaventajados, incluso entre aquellos que reconocen que políticamente sólo el recurso a la segunda puede impedir la reproducción de la primera. El lenguaje político y jurídico norteamericano, por ejemplo, distingue de manera sistemática entre el carácter constitucional del derecho a la no discriminación (la exigencia de igualdad de todos ante la ley de la XIV enmienda de la Constitución o las actas o leyes federales que tienen un estatuto *cuasi* constitucional) y el carácter de medidas de política pública para los tratamientos diferenciados (que se han implementado mediante "órdenes ejecutivas" o

decretos presidenciales) de tal modo que las segundas han podido ser impugnadas y derrotadas en su constitucionalidad en varias ocasiones.

Regresando a Roemer, podemos encontrar una distinción crucial entre estas dos áreas conceptuales. Para este autor, en efecto, el tratamiento compensatorio y la no discriminación corresponden en realidad a conceptos diferentes de la igualdad de oportunidades:

> El primero sostiene que la sociedad debe hacer lo que pueda para 'nivelar el terreno de juego' entre los individuos que compiten por las posiciones o, más en general, nivelar el terreno de juego entre los individuos durante sus periodos de formación, de tal modo que todos aquéllos que posean un potencial relevante sean admitidos a los grupos de candidatos que compiten por las posiciones. La segunda concepción, que denomino el principio de no discriminación, establece que en la competición por posiciones en la sociedad, todos los individuos que poseen los atributos relevantes para el desempeño de los deberes de la posición en cuestión sean incluidos en el grupo de candidatos elegibles, y que la posible ocupación del puesto por un candidato sea juzgada sólo en relación con esos atributos relevantes… Un ejemplo de este… principio es que la raza o el sexo como tales no deberían contar a favor o en contra de la elegibilidad de una persona para una posición, cuando la raza o el sexo es un atributo irrelevante en cuanto a los deberes de la posición en cuestión (Roemer, 1998: 1).[4]

Según el propio Roemer, la concepción superior del principio de igualdad de oportunidades tiene que ver con la exigencia de que la sociedad haga lo posible para "nivelar el terreno de juego" (*level the playing field*), lo que conlleva medidas compensatorias para grupos desaventajados en terrenos como el educativo y el laboral; y esto a su vez supone establecer condiciones para que la igualdad de oportunidades entendida como no discriminación (segunda concepción) pueda funcionar equitativamente

[4] Traducción libre del autor.

(Roemer, 1998: 2 y 3; y 108-113). Las normas y acciones públicas derivadas del primer modelo de igualdad de oportunidades van más allá del principio llano de no discriminación, pues se orientan a nivelar los puntos sociales de partida de los individuos de la competencia laboral o educativa, cosa que la simple prohibición de discriminar por estigmas y prejuicios de un modo ostensible no hace. Resulta claro en el argumento de Roemer que el concepto de no discriminación aparece como *conceptualmente* ajeno al de medidas compensatorias o tratamiento diferenciado, aunque no se descalifica desde el punto de vista normativo a este segundo, sino que se le hace constitutivo de una versión superior de la igualdad de oportunidades.

Empero, bajo este mismo criterio, Roemer critica a las políticas de acción afirmativa en los Estados Unidos, argumentando que si bien esta estrategia es defendida por sus promotores como "la forma no discriminatoria de la igualdad de oportunidades", pues en teoría se orienta a garantizar de manera real y no sólo formal que sólo los que poseen los atributos necesarios para los puestos en disputa deberían ingresar a los grupos que compiten por ellos, con frecuencia su aplicación en los hechos acaba por instalar raseros distintos de competencia que son aplicadas a individuos de distintos tipos (Roemer, 1998: 117). A esto es a lo que Roemer denomina una "duplicidad en la justificación de las políticas de Acción afirmativa", pues por un lado apelan, para ser aceptadas como igualitarias, a que buscan que todos los individuos compitan en circunstancias niveladas (con el terreno de juego sujeto a la acción igualitaria de la sociedad), pero a la vez exigen cuotas y calendarios de admisión en los puestos de competencia que dan lugar a que buena parte de esos puestos sean ocupados por personas de menor merecimiento dentro del grupo de candidatos elegibles. De este modo, Roemer perfila una diferencia crucial entre las políticas de nivelación social, como la educación y salud públicas, universalmente orientadas, y las políticas de acción afirmativa, dirigidas a unos grupos determinados. Ambas, según Roemer, pueden expresarse mediante el lenguaje

de la igualdad real de oportunidades —de la nivelación del terreno de juego o de la *parificación* de los puntos de partida de la competencia social—, pero sólo las primeras pueden ser juzgadas como genuinamente igualitarias, pues tras la compensación en los procesos de formación de los contendientes, permiten que la competencia por las posiciones sociales discurra bajo el principio (que nosotros llamamos llano) de no discriminación.

En el argumento de Roemer resuena, desde luego, la distinción paradigmática hecha por Rawls entre el *sistema de libertad natural* y la *igualdad liberal*. En obvia alusión al concepto que Adam Smith acuñó, en *La riqueza de las naciones*, para dar cuenta del orden espontáneo de justicia que supuestamente se crea por las relaciones de oferta y demanda, Rawls denominó *sistema de libertad natural* a la concepción que es típicamente sostenida por los defensores de la sociedad de mercado. Según Rawls, el *sistema de libertad natural* requiere de

> …una igualdad formal de oportunidades bajo la que todos tengan al menos los mismos derechos legales de acceder a todas las posiciones sociales aventajadas. Pero [critica Rawls] en la medida en que no existe un esfuerzo para preservar una igualdad de condiciones sociales… la distribución inicial de recursos para cualquier lapso de tiempo queda fuertemente influenciada por contingencias naturales y sociales (Rawls, 1973: 72).[5]

El sistema de libertad natural, desde la perspectiva que aquí se sostiene, puede ser entendido como un concepto equivalente o muy similar al principio llano de no discriminación. Este principio, según Rawls, comporta el grave defecto de permitir que las porciones distributivas de las que han de disfrutar los individuos sean influenciadas de modo impropio por factores como la acumulación previa de riqueza en algunos grupos o por el talento o capacidades naturales que, desde un punto de vista moral contractualista, resultan arbitrarios. La manera de superar la unilateralidad de esta visión de la igualdad de oportunidades exige

[5] Traducción libre del autor.

que ésta se someta a un proceso de nivelación relativa de los puntos de partida de la competencia social inducido por la autoridad democrática y se erija como *igualdad justa de oportunidades*. Esta segunda lectura de la igualdad de oportunidades es lo que da nombre a la *igualdad liberal*.[6]

Por ello, la igualdad liberal se revela como una exigencia de añadir al requisito de que las oportunidades estén abiertas a los talentos, la condición adicional de la igualdad justa de oportunidad (*fair equality of opportunity*). Esto sólo puede hacerse mediante un proceso de compensación social. Por ello, dice Rawls:

> …la interpretación liberal… busca mitigar la influencia de las contingencias sociales y de la fortuna natural en las porciones distributivas. Para alcanzar este propósito es necesario imponer condiciones básicas estructurales al sistema social. Los arreglos del libre mercado deben ser contextualizados en un esquema de instituciones políticas y legales que regule las tendencias globales de los hechos económicos y preserve las condiciones sociales necesarias para la igualdad justa de oportunidades. Los elementos de este esquema son suficientemente familiares, aunque vale la pena recordar la importancia de prevenir las acumulaciones excesivas de propiedad y riqueza y de mantener oportunidades equitativas de educación para todos[7] (Rawls, 1973: 73).

Esta idea rawlsiana atañe a su modelo de justicia distributiva, en el que el enunciado de *posición menos aventajada* (que es una categoría moral central en el argumento) se identifica con una posición socioeconómica o de clase; pero lo recuperable de ella

[6] No debe olvidarse que en la cultura y lenguaje políticos norteamericanos del siglo XX, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, el adjetivo "liberal" se vincula a la defensa de los derechos civiles y a la exigencia de que el poder político intervenga en el mercado, limite sus abusos y externalidades y mantenga instituciones de justicia distributiva. Por ello, en los Estados Unidos de América la agenda antidiscriminatoria, junto con la agenda social propia del Estado de bienestar (*Welfare State*), son con frecuencia adjetivadas de *liberales*. Para una aclaración del adjetivo "liberal" en el pensamiento político norteamericano del siglo XX, puede verse Hartz, 1994; y Rodríguez Zepeda, 2010, cap. 1.

[7] Traducción libre del autor.

para nuestros propósitos es la certeza de que la igualdad simple de oportunidades es incapaz de reducir la desigualdad en una forma significativa, porque no incide en la nivelación de los puntos de partida de las personas que compiten luego por las posiciones sociales.[8] Si, manteniendo el paralelismo señalado arriba, el derecho a la no discriminación se hace equivalente sólo al sistema de libertad natural, no queda espacio para transitar de la idea formal de igualdad a mecanismos de compensación como los que Rawls articula con la combinación de la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia. En este sentido, también desde una perspectiva de corte rawlsiano, el concepto de no discriminación exigiría algún tipo de compensación o regla distributiva altamente exigente. Dice Rawls:

> Tratar los casos similares de manera similar no es una garantía suficiente de justicia sustantiva. Esa última depende de los principios conforme a los cuales la estructura básica es diseñada. No existe contradicción en suponer que una sociedad esclavista o de castas, o una que acepta las más arbitrarias formas de discriminación, sea homogénea y consistentemente administrada, aunque esto pueda ser improbable (Rawls, 1973: 59).[9]

En efecto, para Rawls, la vigencia de una regla social de trato homogéneo no puede tenerse de manera automática o mecánica como equivalente de un tratamiento justo. La posibilidad de que el trato regular y sin distinciones en una estructura básica de la sociedad (no ideal, debido la desigualdad que la marca) conviva con una serie de poderosas discriminaciones, permite concebir también una relación fuerte entre la compensación de los resultados de tales discriminaciones y la idea de sociedad bien ordenada o justa.

[8] Para una crítica de esta idea rawlsiana de *posición menos aventajada* definida bajo criterios sólo socioeconómicos o de clase, y para una reivindicación de otro tipo de posiciones desaventajadas como las de las personas con discapacidad o las mujeres, puede verse, Rodríguez Zepeda, 2004.

[9] Traducción libre del autor.

John Rawls no abordó el tema de la acción afirmativa en sus textos canónicos *A Theory of Justice* (1971) y *Political Liberalism* (1993). Sin embargo, también es cierto que en su *Justice as Fairness: A Restatement* (2001) reivindicó la inclusión de los temas de raza y género como casos de la teoría no ideal de la justicia. Allí sostuvo que

> Los graves problemas que surgen de la discriminación y distinciones existentes basadas en el género y la raza no están en la agenda [de la *Teoría de la justicia*], que consiste en presentar ciertos principios de justicia para luego contrastarlos con unos cuantos de los problemas clásicos de la justicia política en la medida en que estos serían formulados al interior de una teoría ideal. Esto es en efecto una omisión, pero una omisión no es un error, ni en esa agenda de trabajo ni en su concepción de la justicia… La justicia como imparcialidad… ciertamente sería muy defectuosa si careciera de los recursos para articular los valores políticos esenciales para justificar las instituciones legales y sociales necesarias para garantizar la igualdad de las mujeres y de las minorías (Rawls, 2001: 66).[10]

En este sentido, la interpretación más plausible de esta acotación es que Rawls no habría conceptualizado el tema de la acción afirmativa por tratarse éste de una cuestión de índole política-estratégica, propia de las problemáticas de la teoría no ideal, como los temas de la desobediencia civil y la objeción de conciencia (tratados en la segunda parte de la *Teoría de la justicia*). Lo que sí puede observarse es que aunque nuestro autor llegó a sostener que, en el marco de la teoría ideal, si bien las *posiciones representativas* de clase social y de igual ciudadanía tomadas como punto de referencia para evaluar la estructura básica de la sociedad son suficientes, en el marco de la teoría no ideal tales posiciones podían ampliarse en número. De este modo:

[10] Traducción libre del autor.

> Algunas otras posiciones deben ser tomadas en cuenta. Supongamos, por ejemplo, que determinadas características naturales permanentes son tomadas como fundamento para asignar derechos básicos desiguales o para reconocer a algunas personas menos oportunidades; entonces tales desigualdades especificarán posiciones relevantes. Estas características no pueden ser cambiadas y, por ello, *las posiciones que ellas especifican constituyen puntos de vista desde los que la estructura básica debe ser juzgada. Las distinciones basadas en la raza y el género son de este tipo* (Rawls, 2001: 65).[11]

Sobre la base de este argumento rawlsiano, es decir, conforme al criterio de la crítica a la desigualdad, Thomas Nagel sostiene que la inspiración que John Rawls aporta al discurso de la acción afirmativa, a afecto de alejarla del discurso de la identidad y la mera afirmación de la diferencia, reside en la idea de que la injusticia que la acción afirmativa debería combatir es una forma especial de falla de la igualdad justa de oportunidades, en la medida en que la raza o el género son causas, aún más graves que la pobreza, de la ausencia de plena igualdad de oportunidades (Nagel, 2003: 84).

De este modo, en la línea de la demarcación rawlsiana entre teoría ideal y teoría no ideal de la justicia encontramos la posibilidad de emplazar la acción afirmativa como una forma correctiva de una serie de defectos intrínsecos de la igualdad justa de oportunidades. Si se considera, conforme a lo dicho por Rawls, que las condiciones de desventaja de género o de raza constituyen posiciones relevantes para evaluar la justicia de la estructura básica de la sociedad y para, en consecuencia, actuar sobre ella, la acción afirmativa se convierte en una estrategia disponible para una política democrática de la igualdad.

El reconocimiento de que la acción afirmativa es compatible con un modelo de justicia, cuando éste se contempla en su defectuosa fenomenología histórica, es una constatación de que las formas de la desigualdad no se reducen al molde socioeconómico y que, por ende, la política de la igualdad reserva un espacio

---

11 Las cursivas son mías.

para las demandas compensatorias para grupos que han sufrido discriminación.

Conforme al argumento canónico de Rawls en *Teoría de la justicia*, si se considerara la vigencia de la *concepción general de la justicia*, las posiciones menos favorecidas serían aquellas que padecieran la mayor insuficiencia distributiva en todos los terrenos de posible aplicación de los bienes primarios. Así, habría posiciones políticas menos favorecidas, grupos de opinión menos favorecidos, grupos religiosos menos afortunados, etcétera. Sin embargo, como sostuvo el propio Rawls, la aplicación de los principios de la justicia como imparcialidad al terreno delimitado por la llamada *concepción especial de la justicia* obliga a acotar el terreno de aplicación del principio de diferencia y, por lo tanto, a limitar los sujetos a los que éste debe favorecer.

Contemplada esta contextualización, es razonable sostener que el principio de diferencia sería válido, no para regular correcciones particulares en las transacciones privadas o en las relaciones laborales discretas, sino como principio inspirador de la estrategia distributiva y la política económica de una sociedad determinada. Como dice Rawls:

> ...los principios de la justicia, y el principio de diferencia en particular, se aplican a los principios y políticas públicos fundamentales que regulan las desigualdades sociales y económicas. Trabajan para ajustar el sistema de derechos e ingresos y para equilibrar los estándares familiares cotidianos y las reglas empleadas por este sistema. El principio de diferencia se aplica, por ejemplo, a la gravación fiscal del ingreso y la propiedad y a la política fiscal y económica (Rawls, 1983: 282 y 283).

Si el terreno de aplicación del principio de diferencia está circunscrito a las relaciones laborales y a las cuestiones fiscales, resulta lógico que su criterio de referencia (las posiciones menos favorecidas) se defina por un contexto laboral y fiscal. De este modo, la distinción entre posiciones sociales puede hacerse según un criterio de clases o estamentos sociales definidos por su

relación con el ingreso salarial o con la riqueza social. Según Rawls, una posibilidad consiste en establecer un grupo laboral, por ejemplo, los trabajadores no especializados, y definir como los menos aventajados a quienes perciban el ingreso promedio —o menos— de este estamento social. La otra posibilidad consiste en no partir de un estamento social dado, sino en considerar como los menos aventajados a aquellos que perciben un ingreso menor que la mitad de la media del ingreso global.

En cualquier caso, Rawls considera que las posiciones menos aventajadas corresponden a trabajadores que perciben regularmente un ingreso, sea a través de su pertenencia a un sector productivo, sea por referencia a la distribución de la riqueza social en su conjunto. En este sentido, las políticas y estrategias distributivas regidas por el principio de diferencia estarán orientadas por posiciones de ingreso mínimo y no por algún otro tipo de situación de desventaja. Las posiciones menos aventajadas no son ni mujeres, ni homosexuales, ni negros, ni inmigrantes latinoamericanos en países desarrollados, pues nada hay en estas formas de adscripción grupal que esté intrínsecamente relacionado con el ingreso. Son, más bien, proletarios mal pagados, pero en activo, o bien pobres sociológicos. En consecuencia, las compensaciones a las que tienen derecho sólo pueden ser compensaciones salariales, beneficios fiscales y protección económica contra situaciones como el desempleo o la invalidez.

Este desarrollo es el que se convirtió en el argumento estándar de la compensación social en la lectura generalizada de la obra de Rawls. Sin embargo, debe decirse que lo que esta vía de argumentación exhibe es la dificultad de la formulación explícita de la justicia como imparcialidad para ampliar su requisito de equidad a condiciones no consideradas en su formulación canónica; es decir, la renuencia a ir más allá de un criterio económico o de clase para definir lo que es una posición de ventaja o desventaja. Empero, si recordamos el argumento rawlsiano sobre la posibilidad de formular otras *posiciones representativas* como las de género y raza en el terreno de la justicia no ideal, se abriría la

implicación de un uso legítimo de la intuición moral de la *posición menos aventajada* para definir nuevos sujetos de referencia, no económicamente delineados, para los esquemas de justicia compensatoria.

Así, lo que en mi opinión debería ser discutido es que las distintas vertientes de la crítica a este terreno de la teoría rawlsiana conceden poca importancia a la elección por Rawls de una noción de normalidad como modelo de situación ideal para la definición de las posiciones sociales significativas en el esquema de distribución; es decir, para la formulación de las personas representativas de la justicia como imparcialidad.[12]

Rawls diseñó su modelo contractual y la definición de los bienes primarios bajo el supuesto de cierta "normalidad" en las capacidades y salud de las partes representativas y cierta continuidad vital que garantiza la cooperación social. Según Rawls:

> …todos los ciudadanos son miembros plenamente cooperativos de la sociedad durante el curso de una vida completa. Esto significa que cada uno posee suficientes capacidades intelectuales para desempeñar una función normal en la sociedad y que ninguno padece necesidades extraordinarias que sean particularmente difíciles de satisfacer, por ejemplo, costosos e inusuales tratamientos médicos. Por supuesto, la atención a aquellos que planteen estos requerimientos es una cuestión práctica apremiante, sin embargo, en esta etapa inicial, el problema fundamental de la justicia social se plantea entre aquellos que participan en la sociedad de manera plena, activa y moralmente consciente... En consecuencia, resulta sensato dejar a un lado ciertas complicaciones graves (Rawls, 1980: 546).[13]

---

[12] Una evaluación de este debate se puede ver en Rodríguez Zepeda, J. (2004). "Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad", *Revista Internacional de Filosofía Política* (23), 49-70. El argumento que resta está tomado de este artículo.

[13] Traducción libre del autor. En otra formulación de lo mismo, Rawls dice: "Los casos difíciles... pueden distraer nuestra percepción moral al conducirnos a pensar en gente lejana a nosotros cuyo destino despierta pena y ansiedad" (Rawls, 1975: 96).

En este contexto, Rawls no considera que, por ejemplo, las necesidades de los desaventajados físicos o psíquicos deban tomarse en cuenta, en el momento contractual, como parte de los intereses generales a ser satisfechos mediante el índice de los bienes primarios, aunque no descarta que alguna solución deba ser dada a la cuestión en el nivel de la política fiscal o de la seguridad social. Esto implica que no existiría la necesidad de proponer la existencia de una representación de los intereses de las personas con discapacidad o enfermos crónicos en la posición originaria.

Si, como sostiene Rawls, las posiciones socialmente relevantes habrán de ser sólo las de la ciudadanía democrática y las correspondientes a los distintos niveles de ingreso, no existiría la posibilidad de considerar como parte de los peor situados a quienes han tenido la mala fortuna de padecer graves enfermedades o minusvalías (Rawls, 1973: 95-100). Las conclusiones que de esto se derivan plantean un grave dilema moral.

Si la justicia como imparcialidad prevé compensaciones sólo para las partes económicamente peor situadas, podría razonablemente plantearse la situación de uno, varios o muchos miembros de la sociedad que, pese a estar situados en las posiciones intermedias o más opulentas del espectro económico, pudieran padecer, por efecto de enfermedades o discapacidades, una calidad de vida más baja que la de las partes económicamente peor situadas (estas últimas tendrían en todo caso la garantía de un mínimo irreducible de ingreso y, además, salud e inteligencia para disfrutarlo). El dilema está muy bien planteado por Amartya Sen:

> …una persona con discapacidad puede tener una canasta más grande de bienes primarios y, no obstante, tener menos posibilidad de tener una vida normal (o de perseguir sus metas) que una persona con capacidades físicas regulares con una canasta más pequeña de bienes primarios. De manera similar, un adulto mayor o una persona propensa a la enfermedad puede estar en mayor desventaja, en un sentido generalmente aceptado, incluso con un conjunto mayor de bienes primarios (Sen, 2000: 74).[14]

[14] Traducción libre del autor.

Para los enfermos crónicos, personas con discapacidad y adultos mayores del ejemplo, el principio de diferencia sería poco relevante, pues no contribuiría a paliar su situación de desventaja. Pero puede pensarse en un caso extremo en el que uno, varios o muchos individuos compartieran la condición de peor situados económicamente y la de enfermos crónicos o discapacidad. En este caso, cualquier beneficio económico quedaría relativizado por la imposibilidad de gozar de un bien primario que garantizara un mínimo disfrute de ese ingreso mínimo al que sí se tiene derecho. En este último caso, el principio de diferencia tampoco tendría mayor relevancia, pues la satisfacción de expectativas quedaría anulada por una irrebasable mala calidad de vida determinada por motivos de salud.

Parece claro que el origen de esta debilidad del argumento de Rawls reside en la mencionada concepción "economicista" de las posiciones socialmente relevantes como punto de partida para el principio de diferencia. Si se determina el arco de posiciones sociales relevantes sólo por referencia a un punto mínimo de ingresos, y si además se consideran irrelevantes para la interpretación de los principios de la justicia las posibilidades de que en la vida real (es decir, una vez levantado el velo de la ignorancia) alguna de las partes resulte con discapacidad o enferma crónica, se desembocará, como en efecto sucede con Rawls, en una reducción de la noción de calidad de vida a la mera cuestión del ingreso.

Empero, al no criticar la idea de normalidad de Rawls, la empresa de los críticos de Rawls en este terreno se ha presentado sólo como una serie de intentos de cubrir las ausencias o reformular la naturaleza de los bienes primarios. Por ejemplo, B. Barry argumenta que el índice no cubre los casos difíciles; A. Sen reformula el índice para incluir las *capacidades básicas* y W. Kymlicka pretende completar el elenco con la formulación del concepto de *bienes primarios naturales* y con la definición de la pertenencia etnocomunitaria como un bien primario.[15] Lo que no

[15] Las numerosas referencias bibliográficas de este debate se pueden consultar en mi artículo antes citado: Rodríguez Zepeda, 2004.

aparece en todas estas críticas es el cuestionamiento a la perspectiva desde la que se define la naturaleza de estos bienes; es decir, no se critica la pretensión de basar una teoría de la justicia en un modelo de normalidad humana. Parece que se da por aceptada la idea de Rawls de que una teoría de la justicia debe formularse en una suerte de versión estándar y luego irse ampliando conforme aparezcan nuevos dilemas y casos difíciles.[16]

En mi opinión, una crítica sustantiva de la teoría de los bienes primarios debe ser, ante todo, una crítica de la estrategia discursiva que se formula como un avance desde la normalidad a los casos difíciles, en vez de, como creo sería lo adecuado, recorrer el camino contrario. Creo que incluso Rawls ha sostenido intuitivamente esta segunda alternativa en su formulación del principio de diferencia y la regla *maximin*, aunque esto no ha revertido sobre la noción de posición menos aventajada bajo la forma de una crítica de la noción de normalidad que la sostiene.

Lo primero que habría que hacer para dar plausibilidad a esta crítica es dejar sentado que si tiene sentido moral y político la postulación de una teoría de la justicia —y de paso de toda demanda de justicia— es porque existen posiciones mal situadas en el reparto efectivo de todo tipo de bienes (primarios y no primarios, naturales y sociales). La justicia compensatoria no puede estar moralmente soportada sólo por la concesión de legitimidad a las prerrogativas, derechos y riqueza ya disfrutados por el individuo promedio, sino también —y de manera fundamental— por la validación de las demandas y necesidades de libertad e igualdad de quienes son los más débiles del espectro social. En este sentido, la justicia es necesaria no sólo porque los recursos a repartir son escasos, sino porque las distribuciones reales ofrecen a algunos abundancia y a otros mera escasez, trátese del bien de que se trate. Puede entonces reconocerse que, en el nivel de la es-

[16] Esta estrategia es la que Rawls ha aplicado para enfrentar lo que él mismo ha denominado *problemas de extensión*. Ejemplos de estos problemas son los casos de la aplicación de la justicia a las generaciones futuras o a las relaciones internacionales. Véase Rawls, 1973: 284-293; y Rawls, 1999.

tructura básica de la sociedad, la justicia es requerida por todos; pero junto a este reconocimiento debe agregarse que, moral y políticamente, es una verdadera urgencia para los peor situados. También habría que sentar que esta intuición moral atraviesa toda la obra de Rawls.

Los llamados casos difíciles (*hard cases*) constituyen un ejemplo de esto. En ellos se requiere mucha más fuerza de los principios de la justicia que en la situación de quien goza de salud y plenitud de capacidades y habilidades. Si la teoría de la justicia se funda sobre el modelo de un hombre vigoroso, capacitado y competitivo, poco espacio quedará para justificar la pertinencia moral de los derechos de los desafortunados y marginados.[17]

De hecho, existe una genuina incongruencia entre la postulación del criterio de los peor situados para la distribución de la riqueza y el ingreso y el supuesto de que la teoría de la justicia se funda sobre un modelo de normalidad como el descrito por Rawls. La misma normalidad que se toma como punto de partida; es decir, la idea de que el individuo-modelo es sano e intelectualmente funcional, es en realidad el resultado de condiciones sociales justas y no su presuposición. Las intuiciones de Barry, Sen y Kymlicka de que algo falla en el argumento de los bienes primarios podrían ser mejor concretadas si se plantearan no como una crítica específica de este o aquel criterio relativo al índice de bienes, sino como lo que llamaré una *inversión freudiana* del criterio antropológico supuesto al principio de diferencia.

---

[17] En este contexto, Robert P. Wolff propuso en su momento que el modelo de normalidad antropológica de Rawls es altamente cuestionable: "Si prescindimos un tanto de los ornamentos del lenguaje de Rawls, a veces excesivamente protector, e intentamos formarnos una imagen del tipo de persona que se ajustaría a sus descripciones, aparece muy claramente un hombre profesional (el libro [*A Theory of Justice*] está sobrecargado de un lenguaje de orientación masculina), lanzado a una carrera, viviendo en un ambiente político, social y económico estable, en el que pueden adoptarse decisiones razonadas acerca de cuestiones a largo plazo como los seguros de vida, la localización residencial, la escolarización de los niños y la jubilación" (Wolff, 1981: 127).

De Freud sólo tomo una intuición y un adjetivo: la inversión freudiana entre lo normal y lo patológico, entre lo estándar y la desviación. Aunque no seré prolijo acerca de la cuestión, es necesario recordar que lo propio de la perspectiva freudiana es tratar de definir la normalidad desde lo patológico; es decir, considerar que aquello que se enfrenta como normal y funcional tiene sentido cognoscitivo sólo desde el punto de vista de las conductas presuntamente desviadas y disfuncionales (Freud, 1973). Creo que el terreno de la teoría de la justicia es muy propicio para una perspectiva de este tipo. En primer lugar, porque al rechazarse que la normalidad es la medida de las condiciones de la justicia, se mostraría que las demandas de libertad equitativa y de nivelación económica obtienen su legitimidad moral de la existencia de condiciones de disfuncionalidad de la libertad o la igualdad. Esta disfuncionalidad es, precisamente, la desigualdad.

En este sentido, un indicador confiable de los alcances de la justicia estaría dado por la situación de aquellos para quienes son más necesarias las reglas de justicia y no por la regularidad con que éstas se aplican en los casos promedio. Esta constatación es la que está presente de un modo intuitivo en la determinación del principio de diferencia rawlsiano desde la perspectiva de los peor situados, aunque, como se ha visto, está desarrollada de manera unilateral al no abarcar otras posiciones *menos aventajadas*. En segundo lugar, y más importante, el rechazo a la idea de normalidad como base de las expectativas del individuo promedio permite, bajo una hipotética situación contractual, que lo que impere sea la prioridad de proteger todas las formas posibles de *peor situación* y no sólo las económicas, habida cuenta de que nadie estaría habilitado entonces para saber si su representación como parte contratante se corresponde con alguno de los individuos reales que viven en situaciones difíciles.

En este contexto, la estrategia de extensión o ampliación de los principios de la justicia tendría que ser modificada. Sujeta al criterio freudiano, la teoría de la justicia debería avanzar desde la compensación y promoción de todas las posiciones difíciles (cuya

mejoría sea no sólo deseable sino también posible) hasta la tutela de los derechos y haberes de las posiciones promedio y de las mejor situadas. En este sentido, el modelo de parte contratante supuesto a la distribución de bienes primarios tendría que abarcar —en la medida en que también es una ficción teórica— tal variedad de carencias como sea posible en una sociedad democrática contemporánea (no sólo pobre sociológico, sino enfermo crónico, inmigrante, con discapacidad y discriminado por su género o por razones de preferencia sexual y en riesgo vital por la polución). En consecuencia, cualquier elevación en la calidad de vida de los sujetos que cayeran en estas categorías sería siempre una garantía de que los principios de la justicia estarían siendo aplicados correctamente según el criterio de una posición desaventajada o desafortunada. En esta nueva encrucijada teórica coincidirían, en mi opinión, los efectos niveladores de la intuición moral del principio de diferencia que exige la prioridad de la posición menos aventajada y la exigencia, propia de los discursos de la acción afirmativa, de justificar un tratamiento preferencial para los grupos que han sufrido discriminación en un registro histórico.

Si, en definitiva, hemos de hacer caso a la propia declaración de Rawls y aceptar que una omisión no es un error, y que existe en el terreno de la teoría no ideal de la justicia, espacio suficiente para postular, al menos, las categorías de raza y sexo como formas de posición social desaventajada y representativa, podremos sostener, como base de un nuevo programa de investigación, que la no discriminación y la acción afirmativa son categorías de pleno derecho en la constelación postrawlsiana de conceptos sobre la justicia.

Bibliografía

Freud, S. (1973), “Nuevas lecciones introductorias al psicoanálisis”, en Freud, S., *Obras Completas*, III, Madrid, Biblioteca Nueva.

GALSTON, W. (1986), "Equality of Opportunity and Liberal Theory", en LUCASH, F. S., *Justice and Equality: Here and Now*, Ithaca, Cornell University Press.

HARTZ, L. (1994), *La tradición liberal en los Estados Unidos: una interpretación del pensamiento político estadounidense desde la Guerra de Independencia*, México, Fondo de Cultura Económica.

KAUFMAN, G. A. (2010), *Dignus inter Pares: un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

LUKES, S. (1993), "Five Fables About Human Rights", en SHUTE, S. & HURLEY, S., *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993*, Nueva York, Basic Books.

NAGEL, T. (1977), "Equal Treatment and Compensatory Discrimination", en COHEN, M. *et al.*, *Equality and Preferential Treatment: A Philosophy & Publics Affairs Reader*, Princeton, Princeton University Press.

— (2003), "John Rawls and Affirmative Action", *The Journal of Blacks in Higher Education*, 2003 (39).

RAWLS, J. (1973), *A Theory of Justice*, Nueva York, Oxford University Press.

——— (1983), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

——— (1975), "A Kantian Concept of Equality", *Cambridge Review* (38 Feb).

——— (1980), "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy*, (77/9) sep.

——— (1999), "The Idea of Public Reason Revisited", en RAWLS, J., *The Law of Peoples with The Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge, Mass. and London, Harvard University Press.

——— (2001), *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge/Londres, The Belknap Press of Harvard University Press.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. (2004), "Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad", *Revista Internacional de Filosofía Política* (23).

——— (2006), *Un marco teórico para la discriminación*, México, Conapred.

——— (2010), *El igualitarismo liberal de John Rawls: estudio de la Teoría de la justicia*, México, Miguel Ángel Porrúa-UAM.

ROEMER, J. (1998), *Equality of Opportunity*, Cambridge, Cambridge University Press.

SEN, A. (2000), *Development as Freedom*, Nueva York, Anchor Books.

SMITH, A. (1998), *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica.

WOLFF, R. P. (1981), *Para comprender a Rawls*, México, Fondo de Cultura Económica.

MARX EN RAWLS

Jorge GIRALDO-RAMÍREZ[1]

La emergencia del problema de la igualdad en el firmamento liberal —de la cual John Rawls es el principal responsable— debería haber suscitado una pregunta que la más simple curiosidad demandaba, ¿cuáles podrían ser las fuentes culturales y teóricas de un esfuerzo, duradero y minucioso hasta la obsesión, como el del filósofo estadounidense? La respuesta nunca fue evidente en la obra de Rawls, puesto que, como afirma Thomas Nagel, ésta se caracterizó por un estilo impersonal. Hubo que esperar hasta 1994, cuando Thomas Pogge escribió tal vez el primer boceto biográfico del pensador de Baltimore, para identificar la religión y, más específicamente, el cristianismo, como el origen de buena parte de sus inquietudes morales y sociales, hasta el punto de que ella formó en buena medida su temperamento (Nagel, 2003: 27) y le inclinó en un principio a "estudiar para el sacerdocio" (Pogge, 2010: 23).

Sin embargo, para quienes nos formamos en la tradición socialista siempre quedaba la sensación de que Karl Marx podía ser una especie de interlocutor oculto de Rawls, quien trataba de reestructurar el pensamiento liberal acomodando las exigencias de justicia social en un marco interpretativo que prioriza la libertad, tal como lo había hecho ya la Iglesia católica en el último tercio del siglo XIX.

Este trabajo tiene el modesto, y probablemente inútil, propósito de rastrear la huella de Karl Marx en la obra de John Rawls. Para tratar de cumplirlo comenzaré exponiendo las con-

[1] Universidad EAFIT.

sideraciones básicas que el autor de *Teoría de la justicia*[2] estipuló para el tratamiento de los filósofos clásicos y la posición que le asignaba a Marx en su reflexión (1); luego me ocuparé de cuatro temas de importancia variable que pueden atribuirse directa o indirectamente al influjo del pensador alemán (2-5); terminaré insinuando que este rastreo puede terciar en una pequeña polémica reciente.

Rastrear la huella es como decir identificar concordancias conceptuales, en el caso de Rawls influencias tardías de Marx en la formulación de su teoría. No sobra decir que en este caso tiene poco sentido establecer las diferencias entre los planteamientos de ambos autores, que se asumen instintivamente; aquí lo interesante y sugestivo es establecer algún tipo de filiación. Una advertencia final: no pretendo exponer plenamente las ideas de ambos autores respecto de sus temas comunes.

I.

Todos los discípulos de Rawls le recuerdan como un maestro ejemplar, y sus dos libros de lecciones de historia de la filosofía política y moral son una muestra de tal ejemplaridad.[3] Terminando su carrera académica, escribió un texto titulado *Comentarios sobre mi docencia* (1993), que resulta instructivo para comprender su forma de aproximarse a los autores, y también normativo respecto a la forma como deberíamos abordarlo a él. En lo que me interesa resaltaré estos consejos: plantear los problemas en los términos en

---

2 En adelante *Teoría*... Se sabe que la primera edición es de 1971, en la que se basa la edición castellana que utilizamos: Rawls, J. (1995), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica. *Teoría*… tiene una edición revisada de 1975 (para la traducción alemana), editada en inglés en 1999 (Pogge, 2010: 35).

3 Se trata de Rawls, J. (2000), *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, editado por Barbara Herman y 2009. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, editado por Samuel Freeman (primera edición inglesa en 2007).

que los veían los autores, identificar a través de ellos los problemas de su contexto, asumir que ellos "eran más inteligentes que yo" y —siguiendo a John Stuart Mill— que una doctrina no debe juzgarse si no es en su mejor versión (Freeman, 2009: 17 y 18).

Si —como dice Samuel Freeman (2007: 13)— "su filosofía es una larga conversación" con los principales filósofos políticos, parece que su conversación con Karl Marx comienza tarde. Las alusiones a éste en *Teoría…* son meramente incidentales y provienen todas de dos trabajos de comentaristas en la década de 1960, Robert C. Tucker y Shlomo Avineri. Freeman cuenta que, hasta que *Teoría…* salió publicada, los cursos de filosofía política de Rawls giraban alrededor de sus propias ideas y lecturas de John Locke, Jean-Jacques Rousseau, David Hume, Isaiah Berlin y H. L. A. Hart, lo que explica perfectamente esa ausencia.[4]

A partir de 1973 (Little, 2010), es decir, dos años después de la publicación de *Teoría…*, Marx empieza a aparecer en los cursos de Rawls y con tanta consistencia que estuvo a punto de dirigir la tesis doctoral de Daniel Little, profesor en la Universidad de Michigan, sobre Marx en 1977 (Little, 2012). Por tanto, serían poco más de dos décadas de recurrencia en el plan de estudios las que permitieron que Rawls expusiera y discutiera con sus estudiantes las ideas de Marx, las mismas que significaron la evolución personal más notable de cuantas lecturas acometió (Freeman, 2009: 15; y Pogge, 2010: 37).

Las principales referencias que tiene Rawls sobre Marx provienen del *The Marx-Engels Reader* de Robert C. Tucker (1972), aunque hay algunas de los *Selected Writings* de David McLellan (1977) y se vio fuertemente influido por el *Karl Marx* de Allan Wood (1981). Respecto al marxismo —como familia de teorías vinculadas de algún modo con la obra del genio renano— su diálogo se limitó a las figuras más representativas del llamado *marxismo ana-*

[4] Rawls sólo tomó un curso de filosofía política en su pregrado, dictado por Norman Malcolm. Como dice Freeman (2007: 13), "fue básicamente un autodidacta en filosofía política".

lítico, como Jon Elster, Gerald Cohen, John Roemer, Philippe van Parijs y el ya citado Wood (Gargarella, 1999: 99-123).

Las razones para que Marx entrara en el horizonte de Rawls las dio él mismo. La primera es que su listado de autores elegidos como ejemplares en el estudio de la filosofía política se diseñó bajo el criterio de que "todos esos autores contribuyeron al desarrollo de doctrinas favorables al pensamiento democrático, incluido Marx" (Freeman, 2009: 18). La segunda razón está directamente relacionada con el tópico al que dedicó toda su vida, el de la justicia. Desde esta perspectiva, su atención al tema es entendible por el hecho de que la justicia constituye el foco de las críticas liberales a los regímenes monárquicos y "de la crítica socialista a la democracia constitucional liberal" (Rawls, 2002: 30). Bajo este argumento, y en sus lecciones, la importancia de Marx es la de un crítico del liberalismo (Rawls, 2009: 24). La caracterización es elocuente por sí misma, pero adquiere un viso casi dramático cuando Rawls considera las perspectivas de introducción de la filosofía política y separa un punto de vista que podemos llamar autoritario, ejemplificado por Platón y Lenin, de otro que denomina democrático (Rawls, 2009: 30). Aunque Rawls no menciona a Marx en este aspecto, es evidente, dada la manera como asume diversos tópicos (el de la alienación entre ellos), que para él Marx es diferente de Lenin; lo que se puede entender mejor enseguida. En sus últimos años magisteriales, Rawls aportaría una tercera razón: ¿por qué es importante Marx hoy? Porque el socialismo liberal es una concepción "esclarecedora y merecedora de consideración" y porque "el capitalismo de libre mercado tiene grandes inconvenientes" (Rawls, 2009: 398). Resulta admisible pensar que Rawls llegara a Marx interesado en la luz que éste le presta al marxismo analítico como marco interpretativo, por un lado, y al socialismo liberal como propuesta normativa, por el otro, y que por esa vía se interese más en una lectura democrática de Marx que en una autoritaria.

El rastreo que haré en lo que sigue se basa en las tres obras centrales de Rawls: *Teoría*…, *Liberalismo político* y *La justicia como*

equidad: una reformulación,[5] en confrontación con las notas sobre Marx en *Lecciones de historia de la filosofía política*. Por razones de tiempo no pude seguir el consejo de Nagel, quien afirma que "el curso de la carrera de Rawls se puede seguir claramente en los *Collected Papers*, cuyos veintisiete capítulos abarcan cuarenta y ocho años" (Rawls, 2003: 29). Asumiré que también puede seguirse, aunque tal vez a saltos, siguiendo sus obras principales. De hecho, Rawls declara haber incorporado las ideas centrales de sus ensayos desde 1974 en *Reformulación* (Rawls, 2002: 17).

Siguiendo los consejos del propio Rawls acerca de cómo abordar a un autor, debiéramos intentar decir algo a propósito de cuál es su mejor versión. No pretendo recrear ni, menos aún, terciar en la discusión sobre si hay un solo Rawls en continua autocorrección del planteamiento decantado en *Teoría*…, o si existe otro Rawls tardío cuya propuesta se aparta significativamente de la de 1971. Partiré de la convicción de que la versión más acabada de la propuesta rawlsiana es la que se expone en *Reformulación*. Esa convicción proviene de la explicación de los propósitos de su última obra, que es la siguiente: *Reformulación* busca "rectificar los defectos" de *Teoría*… y "agrupar en una formulación unificada la concepción de la justicia". Y agrega: "he intentado que esta reformulación se bastara a sí misma" (Rawls, 2002: 17 y 18).[6]

Bajo los siguientes cuatro numerales señalaré la forma en que ciertas tesis de Marx se hacen imprescindibles para comprender los acentos específicos de algunos elementos centrales de la teoría rawlsiana, de acuerdo a como ésta se presenta en *Reformulación*. Esos elementos son: la estructura básica de la sociedad

---

[5] Las dos últimas se referirán en adelante como *Liberalismo*... y *Reformulación*, respectivamente. Esta última puede aludirse a veces según su primera edición en inglés en 2001. *El derecho de gentes*, que se concibió originalmente como la sexta parte de *Reformulación*, no lo tomo en consideración, ya que resulta infértil para mi propósito, por dos razones: la inopia del pensamiento de Marx y, en general del marxismo, en el campo de las relaciones interestatales, incluso internacionales, y la consiguiente ausencia de alusiones a ellos en ese texto.

[6] Una lectura completa del "Prefacio" de *Reformulación* debe dar cabal cuenta del vuelco profundo que sufre el programa de nuestro autor.

y su desplazamiento hacia el centro de la propuesta, la revisión del primer principio de justicia, el giro en el argumento a favor de la justificación pública y la comprensión de la justicia como equidad como un sistema social alternativo.

II.

El concepto de estructura básica de la sociedad se define como "el modo en que las principales instituciones políticas y sociales de la sociedad encajan en un sistema de cooperación social, y el modo en que se asignan derechos y deberes básicos y regulan la división de las ventajas que surgen de la cooperación social a lo largo del tiempo" (Rawls, 2002: 33).

La indicación general sobre las instituciones contiene matices interesantes entre *Teoría*… y *Reformulación*. En 1971 parece bastar la Constitución política, en 2001 se especifica además la necesidad de una judicatura independiente; en la primera versión la fórmula clásica de la propiedad privada, en la más reciente las diversas "formas legalmente admitidas de propiedad"; en *Teoría*… la idea específica de la competencia mercantil, en *Reformulación* la noción abstracta de estructura de la economía; antes el concepto tradicional de familia monógama sustituido después por el de "alguna forma de familia". Así, evidentemente, Rawls amplía el rango de sociedades a las cuales se pueda aplicar su concepción de la justicia y deja abiertas las posibilidades de otros ordenamientos sociales distintos a los que se había circunscrito en un principio.[7]

La expresión *estructura básica* aparece por primera vez en el *opus* rawlsiano en 1967, en "Distributive Justice" (Nagel, 2003:

---

[7] No creo que esta ampliación afecte la idea subrayada por Philippe van Parijs de que el alcance de la teoría rawlsiana se circunscribe —siguiendo el artículo de Rawls "Kantian Constructivism in Moral Theory" (1980)— a un nosotros democrático e, incluso, un nosotros ampliamente liberal (Van Parijs, 1994: 14). Debe advertirse, sin embargo, que este espectro incluye —como veremos— desde una *democracia de propietarios* hasta un *régimen socialista liberal* (Rawls, 2002: 202).

32). Por supuesto, ocupa un lugar en *Teoría*… (§2) como "objeto primero de la justicia", pero en *Liberalismo*… Rawls (1996: 294) se ve obligado a proveer una justificación, que ya echaba de menos en ese momento. Allí el concepto de *estructura básica* abre la tercera parte dedicada al contexto institucional; sin embargo, en *Reformulación* es desplazada al capítulo inicial de "Ideas fundamentales", y así su lugar en la propuesta adquiere un nivel trascendental que todos podemos suponer, dados no sólo esta centralidad, sino el rigor y el orden de la arquitectura de las obras de nuestro autor.

La filiación de esta idea permanece implícita en las formulaciones de Rawls, pero dos autoridades distintas acreditan los genes marxianos de la misma, aunque con valoraciones diametralmente opuestas. Por un lado, Brian Barry (1936-2009): "Aunque Rawls no hubiera logrado nada más, sería importante por haberse tomado en serio la idea de que el sujeto de la justicia es lo que llama 'la estructura básica de la sociedad'… La incorporación que hace Rawls de esta noción de una estructura social a su teoría representa la llegada de una era de filosofía política liberal. Por primera vez, una importante figura de la tradición individualista ha tenido en cuenta el legado de Marx y Weber" (Cohen, 2001: 18). Por otro, Gerald Cohen (1941-2009): la *Reformulación* —en la que la estructura básica de la sociedad se desplaza a un punto angular es una "tardía puesta al día del liberalismo respecto a Marx" (Cohen, 2001: 159-199)—.[8]

No sobra decir que esta forma de evaluar la creciente importancia de la noción de *estructura básica* está asociada a las expectativas resultantes del punto de vista de sus comentaristas. Barry, como un liberal entusiasmado con la incorporación de la justicia en la configuración de las instituciones sociales; Cohen, como un marxista que recibe el enunciado con la sensación de que se está inventando la rueda de nuevo. John Roemer —desde la misma

8 El motivo es que se descuida la aplicación de los principios de justicia "a las elecciones que la gente hace" (Cohen, 2001: 201).

orilla de Cohen— se muestra, sin embargo, más comprensivo: según él, el estudio de "las formas de igualdad exigidas por la justicia" se inició con *Teoría*... (Roemer, 1995: 43).[9]

III.

El segundo asunto sustancial en esta exploración es la revisión del primer principio de justicia. En *Teoría*..., el primer principio de justicia está enunciado así: "cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema de libertades semejantes para los demás" (Rawls, 1995: 67). Éste se reformula como: "cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos" (Rawls, 2002: 73).

Su modificación consiste en que "no se asigna primacía alguna a la libertad como tal" —como idea, podríamos decir— sino que tal noción se determina mediante una lista específica y limitada que incluye: libertad de pensamiento y conciencia; libertades políticas y libertad de asociación; libertad e integridad de la persona; derechos y libertades amparados por el imperio de la ley (Rawls, 2002: 75). Will Wilkinson, con razón, resalta que las libertades económicas no se encuentran en este listado (2011), y que, en consecuencia, los esquemas de funcionamiento económico deben elegirse de acuerdo con un criterio de eficacia en la satisfacción de ese primer principio. Queda claro que Wilkinson pretende que la libertad económica quede así subordinada a aquellas otras libertades.

La revisión del enunciado del primer principio de justicia es suficientemente ilustrativa de la manera en que Rawls procura

9 Otra cosa es la discusión que propone el profesor argentino Fernando Lizárraga (2011) sobre una supuesta contradicción de Rawls al excluir las decisiones individuales de las condiciones de posibilidad de la justicia y al criticar al comunismo por no tener en cuenta la ética personal.

traducir el valor abstracto de la libertad en la identificación de unas libertades prioritarias como si estuviera respondiendo a la pregunta ¿libertad de qué?, y como si quisiera precisar su lugar dentro de la constelación —Chandran Kukhatas lo llama archipiélago— de liberalismos que surge de las diferentes concreciones que adopta factualmente la idea de libertad.[10]

La sombra de Marx se hace más nítida cuando Rawls intenta responder el duro cuestionamiento que Marx hizo en *La cuestión judía* (1844) acerca de la asimetría de las libertades y los derechos en la sociedad burguesa.[11] Para ello introduce la idea del valor equitativo de las libertades políticas iguales que parte de aceptar la distinción marxiana entre libertad formal y libertad real, y que se expresa como la "oportunidad equitativa de ocupar un cargo público y de influir en el resultado de las elecciones" (Rawls, 2002: 200-201).

La inclusión de la idea de *valor equitativo* se presenta como una especificación y, probablemente, una ampliación de los dos principios de justicia de este modo: en el primer principio, las libertades políticas iguales, y sólo ellas, deben garantizar su valor equitativo (Rawls, 2002: 201); el principio de diferencia maximiza a los menos favorecidos el valor de sus libertades. Sin embargo —siempre en *Reformulación*— Rawls tiene que abrir las puertas a un ajuste en el diseño institucional que no surge de ninguna opción individual en la posición original y que él tantea bajo las modalidades de financiación pública de campañas, restricciones a contribuciones económicas privadas, acceso equitativo a medios y regulaciones a los mismos. Aunque Rawls formula precauciones por doquier frente a las eventuales restricciones a la libertad, deja claro, por ejemplo, que las libertades de expresión

---

10 Aunque esta modificación no alude directamente a las observaciones de los comentaristas marxianos, a Rawls no se le escapa la afinidad con Marx en cuanto que éste sostiene, según él y siguiendo a Cohen, una "perspectiva libertaria" (Rawls, 2009: 449).

11 La respuesta directa de Rawls es a Norman Daniels, profesor de filosofía en Harvard, lo que confirma lo limitado del acceso de Rawls a la obra de Marx.

y de prensa "no son más absolutas que las libertades políticas con su valor equitativo garantizado" (Rawls, 2002: 202).

Lo que más nos interesa es acreditado por Rawls en un pie de página. El primer principio de justicia "puede ir precedido por un principio léxicamente anterior que exija que queden satisfechas las necesidades básicas, al menos en la medida en que su satisfacción es una condición necesaria para ejercer fructíferamente los derechos y libertades básicas" (Rawls, 2002: 75). La apertura de esta posibilidad erosiona significativamente la potencia de los dos principios de justicia, y con ellos un importante flanco de la teoría en su integridad, pues las necesidades básicas —preocupación esencial de otros autores— aparecerían ya como un supuesto implícito y precariamente elaborado sobre el que se despliega la teoría. A fin de cuentas, entonces, la distribución de las necesidades básicas debería incluirse entre las características de la sociedad bien ordenada como un componente material más allá de las características exclusivamente culturales que se le asignan en *Reformulación* (§3) o de la premisa de la paz expuesta en *El derecho de gentes* (Rawls, 2001: 14, n. 6).[12]

No sabemos si Rawls responde a las profundas objeciones que Allan Bloom (1930-1992) hiciera a *Teoría*… (pocas veces Rawls concede en nombrar a sus interlocutores), pero es evidente que al elevar la satisfacción de las necesidades básicas a la categoría de principio preliminar procura enmendar el vacío señalado por Bloom de que su propuesta sobre la justicia "comienza descartando toda discusión de su premisa igualitaria" (Bloom, 1999: 388).

IV.

Un repaso a las "ideas fundamentales" de *Reformulación* ayuda a entender la estructura argumentativa de Rawls en su obra de rec-

[12] Una de las variaciones significativas en el pensamiento de Rawls es la reflexión acerca de las condiciones de una sociedad bien ordenada; también es de las que ayuda a entender el giro que se defiende en esta reflexión, pero va más allá del objetivo de identificar la influencia de Marx.

tificación y agrupación, así como a identificar los nexos de esta última obra con *Liberalismo*…, que fue escrito en paralelo, pero terminado y publicado ocho años antes.

Esas ideas son ocho: la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, la sociedad bien ordenada, la estructura básica, la posición original, las personas libres e iguales, la justificación pública, el equilibrio reflexivo y el consenso traslapado, estas tres últimas cumpliendo, respectivamente, funciones de publicidad, reciprocidad y estabilidad respecto a la concepción política de la justicia como equidad. La idea que nos interesa examinar en esta sección es la de la justificación pública.

Para Rawls, los tres niveles de publicidad en una sociedad bien ordenada son: a) el conocimiento por parte de todos los ciudadanos y mutuamente entre ellos (universalidad) de los principios de justicia y de que la estructura básica de la sociedad satisface esos principios de justicia, lo que supone que ellos configuran la estructura básica de la sociedad y, por tanto, que gozan de facticidad (eficacia); b) el conocimiento por parte de todos los ciudadanos y mutuamente entre ellos, del contexto que se deriva de la posición original en la que se acuerdan esos principios; en otras palabras, la validez de las iguales dignidad y libertad personales en el sistema de creencias compartidas (cultura) por los miembros razonables de la unión social, y c) el conocimiento por parte de todos los ciudadanos y mutuamente entre ellos, de la justificación de la justicia como equidad “en sus propios términos” (comunicación).[13] Como puede verse, la justificación pública está directamente vinculada con otras ideas fundamentales, como: a) la estructura básica, y b) el consenso traslapado.[14] A su vez, esta manera de entender la justificación pública articula simétricamente la caracterización de lo que se entiende por sociedad

---

[13] El conocedor profundo de la obra de Rawls verá inmediatamente que los términos que introduzco entre paréntesis corresponden más a la tradición que al vocabulario rawlsiano.

[14] En *Liberalismo*…, la publicidad se conecta con la personal heurística rawlsiana, demostrando cómo el primer nivel se conecta con la posición original y el segundo con el velo de ignorancia (Rawls, 1996: 100 y 101).

bien ordenada, esbozando así una eventual circularidad tautológica que sólo se quiebra por la premisa igualitaria de las necesidades básicas y su valor real equitativo para todas las personas.

La congruencia de Rawls con la filosofía kantiana hace natural la presencia de la publicidad en la elaboración exhaustiva de una teoría política de la justicia, y su exposición llega sin sobresaltos hasta *Reformulación*. Aquí, sin embargo, Kant es dejado a un lado, y la argumentación se encamina sorprendentemente a satisfacer los cuestionamientos de Marx: "Lo que esperamos es que una sociedad en la que se satisface la condición de plena publicidad, esto es, donde se alcanzan los tres niveles, será una sociedad sin ideología (entendida en el sentido de la falsa conciencia de Marx)" (Rawls, 2002: 167).

Rawls reinterpreta la noción marxiana de ideología como ilusión, es decir, confusión producida por falsas apariencias, y como falsificación, o sea, las falsas creencias que abrazamos (Rawls, 2002: 167; y Rawls, 2009: 439-442). No se adentra en la sofisticación teórica que este asunto ha suscitado entre los comentaristas de Marx, ni demuestra algún interés por la conexión íntima que tiene con el problema de la alienación. Confía en que el ejercicio de la razón pública contribuye significativamente a que las creencias compartidas entre los miembros de la sociedad y los avances consolidados de la ciencia hagan que la ideología tenga una influencia marginal.

Como Marx y todos los ilustrados, Rawls cree en la educación como medio de expansión de las ideas razonables y —más cerca de los segundos que del primero— cree que las instituciones políticas deben cumplir una función educativa. En particular, en el registro del liberalismo más clásico, confía en los beneficios de largo plazo que traen consigo las libertades de pensamiento y expresión.

Más modesto que Marx, Rawls considera que los rendimientos de la publicidad son suficientes para garantizar el apoyo requerido por una concepción política de la justicia y para mantener la unidad social, aunque no se pueda pretender la eli-

minación total de la ideología. En este sentido, conserva el talante regulatorio kantiano y ni siquiera se digna discutir la quimera marxiana de que la revolución puede cumplir un papel taumatúrgico, ilustrando de manera intempestiva e irreversible a las masas ignorantes y alienadas (Giraldo Ramírez, 2003: 221).

V.

Termina esta indagación sobre los elementos de la teoría rawlsiana, en los que se puede constatar la presencia de Marx con una conclusión que en este punto de la exposición parece superflua: el liberalismo político o la justicia como equidad están pensados —suponiendo que fueran equivalentes— como un "sistema social" (Rawls, 2009: 395). No puede ser de otra manera si se siguen las consecuencias de una propuesta en la que las nociones de una estructura básica de la sociedad, un principio previo de satisfacción de las necesidades básicas, un catálogo limitado de libertades con valor equitativo y un conjunto de creencias razonables compartidas, ocupan un papel central.

En *Reformulación*, Rawls intenta traducir la teoría en políticas, y las políticas en instituciones de un régimen social y político. A pesar de sus advertencias sobre el carácter aproximado e intuitivo de sus sugerencias, nombra su propuesta como "democracia de propietarios" y la opone como alternativa al capitalismo (Rawls, 2002: 185). De nuevo, cuando reconoce que *Teoría*… no es explícita en esta diferencia, el autor parece encajar una recurrente crítica radical que lo presentó básicamente como un legitimista del régimen estadounidense.[15]

El procedimiento que Rawls usa para desarrollar su posición a favor de la democracia de propietarios ilustra clamorosamente su realismo de los últimos años, pues —según el filósofo en sus ochenta años— no se puede predicar la razonabilidad de un ré-

[15] Por ejemplo, en una versión reciente: "nunca hubo demasiada distancia entre la teoría política liberal, ejemplificada por John Rawls en *Una teoría de la justicia*, y el orden constitucional estadounidense" (Kahn, 2012: 18).

gimen desde sus "principios e ideales" sin verificar las "implicaciones" de los mismos en los "casos particulares" (Rawls, 2002: 186). Desde los criterios de corrección, diseño, obediencia y competencia se propone evaluar la plausibilidad de cinco tipos de regímenes sociales: capitalismo liberal, que llama de *laissez-faire*; capitalismo de Estado de bienestar; socialismo de economía planificada; socialismo democrático; y democracia de propietarios (Rawls, 2002: 186).[16] Casi al desgaire afirma que los tres primeros regímenes violan de una u otra manera los principios de justicia: el capitalismo liberal y el Estado de bienestar ignoran el valor equitativo de las libertades, mientras que el socialismo real viola las libertades básicas.

Así que la discusión se reduce a las opciones del socialismo liberal y la democracia de propietarios. En ambos casos se trata de un diálogo con Marx. En el primero, con la mediación de los marxistas analíticos, específicamente a través de la propuesta de John Roemer (1995); en el segundo, como respuesta a la tradición socialista (Rawls, 2009: 396).[17] Rawls cree que ambos regímenes satisfacen la concepción de la justicia como equidad; no piensa que la preferencia del socialismo liberal por la propiedad pública sea una diferencia insalvable, puesto que "el primer principio de justicia incluye un derecho a la propiedad privada personal, pero ese derecho es diferente a la propiedad privada de los bienes productivos" (Rawls, 2002: 189). Por tanto, la elección es prudencial y depende de la trayectoria y la configuración histórica de cada sociedad particular.

[16] A nadie puede escapar la incongruencia del ejercicio a partir de considerar tres tipos de régimen históricamente existentes en confrontación con dos teorías claramente normativas, racionalmente viables, pero sin historicidad alguna. El autor podría tratar de justificarse con el oxímoron que definió su visión, *realismo utopista*.

[17] Roemer denomina su propuesta "socialismo de mercado". La idea normativa del mismo es alcanzar la igualdad de oportunidades de: a) autorrealización y bienestar, b) influencia política y c) estatus social mediante un diseño institucional que pueda ser susceptible a las correcciones que produce el mercado (Roemer, 1995: 21).

Rawls toma prestado de James E. Meade (1907-1995) el término "democracia de propietarios" para nombrar el sistema social que resultaría más consonante con la *justicia como equidad* y, prioritariamente, con la tradición y la cultura política estadounidense. La búsqueda de una denominación alternativa resulta forzosa, puesto que ninguno de los dos sistemas parcialmente consistentes con el liberalismo satisface las demandas de la justicia como equidad. En particular, la denominación de Meade tendría la virtud de hacer énfasis en las diferencias con el modelo de Estado de bienestar capitalista en dos aspectos relevantes. El primero es la democratización de la propiedad, pues mientras el Estado de bienestar "permite que una pequeña clase tenga el cuasimonopolio de los medios de producción" (Rawls, 2002: 189), la democracia de propietarios aseguraría la dispersión de la propiedad, y con ella el control de la vida social y política por parte de la sociedad. El segundo aspecto ya estaba previsto en la revisión del primer principio de justicia, y es que en una democracia de propietarios el derecho a la propiedad de bienes productivos no es un derecho básico, puesto que está sujeto a que "sea el modo más efectivo de satisfacer los principios de justicia" (Rawls, 2002: 234).

A pesar de las venias al socialismo liberal y del carácter definitorio que le otorga a la tradición particular —en este caso estadounidense— para sostener la preferencia por la democracia de propietarios, Rawls se ve compelido a forcejear con Marx una vez más. Esta vez en clave de respuesta a la crítica marxiana del liberalismo.

Son cuatro las objeciones que ameritarían tenerse en cuenta. Al señalamiento de que el liberalismo de los derechos del hombre es fundamentalmente individualista y egoísta y socava las probabilidades de la cooperación social en una sociedad en la que las personas son sujetos políticos, se responde que una democracia de propietarios cuida de que los "intereses de orden superior de los ciudadanos como libres e iguales" se preserven. A la crítica de que la modernidad política liberal iguala políticamente a las personas como ciudadano, pero que mantiene, y tal vez profun-

diza, la desigualdad entre ellas como miembros de la sociedad civil, se responde que una democracia de propietarios supera este problema mediante el valor equitativo de las libertades políticas. A la objeción de que la preservación de un derecho a la propiedad privada como rasgo central de un régimen social necesariamente escora el diseño institucional desfavoreciendo la libertad de los antiguos se responde que una democracia de propietarios regida por el principio de diferencia y la eficacia de la igualdad de oportunidades protege derechos ciudadanos equitativos. A la observación de que la división del trabajo tiene efectos humillantes para las personas, se responde que es esperable que el diseño general de una democracia de propietarios permita superar tales consecuencias de las relaciones sociales de producción (Rawls, 2002: 233 y 234; y Rawls, 2009: 395 y 396).

VI.

En septiembre de 2011 empezó en los Estados Unidos un movimiento de protesta incubado en medio de las duras consecuencias sociales que desató la crisis financiera de 2008. Bajo el llamado de "ocupar Wall Street", un grupo de personas se asentó en las inmediaciones del distrito financiero de Nueva York haciendo énfasis en el control estatal de los agentes económicos y en la creciente desigualdad, refiriéndose a sí mismos como el 99%. Esta protesta fue percibida por algunos como parte de las movilizaciones europeas contra las medidas de autoridad, conocidas bajo el nombre de "indignados", y algunos más trataron de vincularlas con las rebeliones en El Magreb y zonas de Oriente Medio, la "primavera árabe", en un intento de reificar una supuesta movilización global.

Ocuppy Wall Street suscitó una pequeña polémica entre profesores de filosofía estadounidenses. Steven Mazie —profesor en un *college* de Manhattan y autor de un libro sobre Rawls— sugirió que un movimiento con tan poca imaginación propositiva debie-

ra asumir el principio de diferencia rawlsiano.[18] Will Wilkinson terció en la discusión sugiriendo que apelar al principio de diferencia no significaba otra cosa que desradicalizar su pensamiento, puesto que para él "Rawls rechazó el Estado capitalista de bienestar, debido a que rechazó el capitalismo en general".[19] Antes, David Little había insinuado que la situación de los Estados Unidos en el siglo XXI "sugiere que la teoría de Rawls proporciona la base para una crítica radical de las instituciones económicas y políticas existentes".[20] Esta insinuación tiene asidero en *Reformulación* y sus plurales comentarios del tipo "situados como acaso lo estemos en una sociedad corrupta" (Rawls, 2002: 65).

Es una anécdota, pero pone de presente que tal vez no estemos tan descaminados cuando pretendimos, con esta reflexión, sugerir tres hipótesis. La primera consiste en postular *Reformulación* como la versión más acabada del pensamiento de Rawls; la segunda hipótesis es que *Reformulación* —como parte de un *continuum* fuerte en la obra de Rawls o como hito de un probable segundo Rawls— conlleva un planteamiento significativamente radical en comparación con *Teoría…*;[21] la tercera es que tal radicalización estuvo acompañada de un diálogo más frecuente con Marx, con los marxistas analíticos y los propugnadores del socialismo liberal.

VII. Bibliografía

Bloom, A. (1999), *Gigantes y enanos: la tradición ética y política de Sócrates a John Rawls*, Barcelona, Gedisa.

[18] Mazie, Steven, "Rawls on Wall Street", *http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/10/21/rawls-on-wall-street/?hp* Posted: october 21. Consultado el 30 de octubre de 2012.

[19] Wilkinson, Will, "Occupy Wall Street and the deradicalized Rawls", *http://bigthink.com/*. Posted: october 25, 2011. Consultado el 30 de octubre de 2012.

[20] Little, David, "A property-owning democracy", *understandingsociety.blogspot.com*. Posted: july 25, 2010. Consultado el 25 de octubre de 2012.

[21] Lo que nos permite estar de acuerdo con que *Teoría…* "a pesar de su radical igualitarismo, no es un libro radical" (Bloom, 1999: 408).

COHEN, G. A. (2001), *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Barcelona, Paidós.

FREEMAN, S. (2007), *Rawls*, London/Nueva York, Routledge.

— (2009), “Prólogo”, en RAWLS, J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós.

GARGARELLA, R. (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós.

GIRALDO RAMÍREZ, J. (2003), “Un acercamiento al concepto de política en Marx”, en CORTÉS RODAS, F. & CARRILLO, L., *Los clásicos de la filosofía política*, Medellín, Universidad de Antioquia.

KAHN, P. (2012), *Teología política, cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía*, Bogotá, Siglo del Hombre/ Universidad de los Andes/ Pontificia Universidad Javeriana.

KUKATHAS, Ch. (2005), *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford, Oxford University Press.

LITTLE, D. E. (2010), Rawls on Marx; December 1973, en *undestandingsociety.blogspot.com.* Posted: march 10, 2010. Consultado el 24 de octubre de 2012.

——— (2010), A property-owning democracy, en *undestandingsociety.blogspot.com.* Posted: july 25, 2010. Consultado el 25 de octubre de 2012.

——— (2012). Rawls and exploitation, en *undestandingsociety.blogspot.com.* Posted: april 3, 2012. Consultado el 24 de octubre de 2012.

LIZÁRRAGA, F. A. (2011), “Rawls, la estructura básica y el comunismo”, *Isegoría* (44).

MARX, K. (1978), *Textos 1837-1847*, Bogotá, Eris.

— (1980), *Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850*, Beijing, Ediciones en Lenguas Extranjeras.

— (1997), *La cuestión judía*, Madrid, Santillana.

MAZIE, S. V. (2011), “Rawls on Wall Street”, en *http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/10/21/rawls-on-wall-street/?hp.* Desde: Octubre 21. Consultado el 30 de octubre de 2012.

NAGEL, T. (2003), "La compasión rigurosa de John Rawls: una breve biografía intelectual", *Praxis filosófica* (16).

POGGE, T. (2010), "John Rawls: una biografía", *Co-herencia* (7/12).

RAWLS, J. (1995), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

——— (1996), *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.

——— (2001), *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós.

——— (2002), *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós.

——— (2009), *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós.

ROEMER, J. (1995), *Un futuro para el socialismo*, Barcelona, Crítica.

VAN PARIJS, P. (1994), "La doble originalidad de Rawls", *Cuadernos de Economía* (XIV/21).

WILKINSON, W. (2011), "Occupy Wall Street and the deradicalized Rawls", en *http://bigthink.com/the-moral-sciences-club/occupy-wall-street-and-the-deradicalized-rawls.* Desde: octubre 25, 2011. Consultado el 30 de octubre de 2011.

CONSIDERACIONES RAWLSIANAS SOBRE LOS MÉRITOS Y EL ACERVO COMÚN Y SU INCIDENCIA EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Juan Fernando CÓRDOBA MARENTES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La propiedad intelectual en la filosofía liberal*. III. *El desarrollo del concepto de acervo común*. IV. *Acervo común en el pensamiento de Rawls*. V. *Acervo común, méritos y propiedad intelectual*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En su *Teoría de la justicia*,[1] al explicar el alcance del principio de diferencia, John Rawls afirma que la distribución de talentos naturales conforma un acervo común (*common asset*) del que pueden obtener provecho los más talentosos siempre que con ello mejoren la situación de aquellos que no han contado con su suerte (Rawls, 1978: § 17, 124). Lo anterior se desprende del hecho, según sostiene Rawls, de que los talentos recibidos mediante una distribución arbitraria de la naturaleza son inmerecidos, por lo que se requiere de una compensación por parte de la sociedad a los menos afor-

* Universidad de La Sabana.

1 En el análisis de la obra de Rawls se tuvo en cuenta tanto la versión original en inglés como la correspondiente en castellano, por lo que las citas se referirán a los números de secciones, que coinciden en una y otra versión, adicionándole la página de la correspondiente en castellano: Rawls, 1971. Las citas textuales se han extraído de la versión castellana.

tunados (Rawls, 1978: § 17, 123). Mientras que la distribución de talentos no puede considerarse justa o injusta, la sociedad sí estaría actuando con injusticia si no interviene para asegurar una compensación razonable y un adecuado uso del acervo común (Rawls, 1978: § 17, 124-125).[2]

Para Rawls:

> …los favorecidos por la naturaleza no podrán obtener ganancia por el mero hecho de estar mejor dotados, sino solamente para cubrir los costos de su entrenamiento y educación y para usar sus dones de manera que también ayuden a los menos afortunados. Nadie merece una mayor capacidad natural ni tampoco un lugar inicial más favorable en la sociedad. Sin embargo, esto no es razón, por supuesto, para eliminar estas distinciones. Hay otra manera de hacerles frente. Más bien, lo que es posible es configurar la estructura básica de modo tal que estas contingencias funcionen a favor de los menos afortunados. Nos vemos así conducidos al principio de diferencia si queremos continuar el sistema social de manera que nadie obtenga beneficios o pérdidas debidos a su lugar arbitrario en la distribución de dones naturales o a su posición inicial en la sociedad, sin haber dado o recibido a cambio ventajas compensatorias (Rawls, 1978: § 17, 124).

---

[2] Las ideas de Rawls sobre el mérito y el acervo común parecen haber tenido su génesis en las concepciones religiosas que inicialmente defendió. En efecto, antes de haber sufrido el desencanto de la religión con el telón de fondo de la Segunda Guerra Mundial, Rawls había presentado su tesis de licenciatura en la Universidad de Princeton, *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe*, en donde expuso una serie de ideas filosóficas y teológicas en las que se pueden identificar, en estado germinal, varios de los conceptos que posteriormente desarrollaría en su pensamiento de madurez. Aunque algunas de esas concepciones pudieron tener origen en el cristianismo (Iglesias episcopaliana y metodista) que había practicado *convencionalmente* en el seno de su familia, lo cierto es que ellas se afianzaron espiritual y académicamente en sus últimos dos años de estudios universitarios, cuando incluso contempló la posibilidad de entrar en el seminario. Rawls narra este proceso de desilusión en el ensayo *On my religion*, que escribió en 1997, y cuyo texto fue encontrado y publicado después de su muerte. Versión en castellano en: Ralws, 2010: 285-293. Más adelante se harán algunas referencias adicionales a las ideas de Rawls que comenzaron a perfilarse en esta tesis.

Las ideas citadas, centrales en la teoría de la justicia distributiva de Rawls y predicables respecto de variados ámbitos de la vida social, se me antojaron particularmente aplicables a los fundamentos de la propiedad intelectual desde la primera vez que las leí, sobre todo porque los distintos sistemas de protección de la misma parecen haber sido construidos a partir de la concepción contraria: se hace necesario recompensar a los creadores intelectuales por los méritos que se derivan de su labor creadora y por su contribución al desarrollo de la sociedad. Aunque el pensamiento de Rawls se inscribe dentro de la misma tradición liberal bajo la cual se configuraron los modernos regímenes de propiedad intelectual, lo cierto es que su propuesta política-filosófica debería llevar a la revisión de los principios que han sustentado históricamente a dichos sistemas de protección, como se verá a continuación.

II. La propiedad intelectual en la filosofía liberal

Recordemos que uno de los padres de la filosofía liberal, John Locke, en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1689), calificó a la propiedad privada como uno de aquellos derechos que posee el hombre en el *estado de naturaleza*, consecuencia de ser dueño de su propia persona y, por consiguiente, del trabajo de su cuerpo con el cual se ha apropiado de las cosas que ha encontrado en dicho estado. Para Locke, entonces, las cosas pertenecerían en común a todos los hombres en el estado de naturaleza (serían *res in commune*), pero al trabajar los hombres sobre ellas les añadirían algo de su propia persona (su talento o habilidades, si utilizáramos el lenguaje de Rawls), las harían suyas y excluirían de su disfrute a los demás, siempre que quedaran suficientes bienes para satisfacer las necesidades del resto de la humanidad. En otros apartados del mismo capítulo, Locke explicará que, dado que cada persona sólo sería capaz de apropiarse de aquello que trabaje, no existirían

conflictos sobre los bienes, porque no se acumularían excesivamente, en la medida en que sólo se utilizarían para suplir las propias necesidades y lo que excediera sería de los otros (Locke, 2010: § 31). Los problemas respecto de la propiedad sobrevendrían con el advenimiento del dinero, dado que, con su uso, algunos hombres tendrían capacidad de acumular cosas en exceso, requiriéndose, por tanto, de la definición de reglas y procedimientos por parte de la sociedad para dirimir las consecuentes disputas (Locke, 2010: § 45-51).

Aunque, como se observa, Locke no se refirió de manera expresa a la propiedad intelectual, varios apartados del capítulo dedicado a la propiedad han sido constantemente citados para definir la naturaleza jurídica de esta institución.[3] Así, lo expresado por Locke en relación con la propiedad sobre los bienes materiales ha sido interpretado de manera análoga respecto de aquellos resultados de la creación intelectual, por lo que, a la luz de la teoría lockeana, los frutos del trabajo del autor, tanto de sus manos como de su mente, le pertenecerían a éste con el consecuente derecho a controlar la explotación de la obra resultante, así como a impedir la modificación o alteración de la misma sin su correspondiente autorización (Davies, 2002: 14).[4] El hombre se apropiaría, por tanto, de las ideas y conocimientos que, en principio, eran comunes, pero que, en virtud de su trabajo, transformaría (cambiaría su forma o expresión) y les infundiría algo de su propia persona, mediante la generación de un vínculo entre él y la cosa. Esta última idea, la de la *huella* de la persona en la

3 *Cfr.*, entre otros: Merges, Menell & Lemley, 2007: 2-6; May, 2008: 27-28; Yen, 1990: 523; Pabón, 2009: 70; Plata, 2010: 185; Gordon, 1993: 1533, 1544-1545. Esta última autora critica la permanente referencia de académicos y jueces a la teoría de Locke para justificar su aplicación a la propiedad intelectual, sin examinar a fondo la teoría.

4 William Blackstone fue uno de los primeros en interpretar el pensamiento de Locke como aplicable a los derechos de los creadores al justificar el derecho del autor en su trabajo personal, que le permite ejercer una especie de ocupación estándole prohibido a los demás reproducir ejemplares de la obra sin su permiso: Blackstone, 1766: 405.

cosa —en este caso, la obra— sería, además, precursora del llamado derecho moral del autor, que comenzaría a desarrollarse en Francia y Alemania un siglo después.

Sin embargo, considero que el raciocinio de Locke adolece de varias fallas, que afectan necesariamente sus conclusiones. Por una parte, el vínculo que se genera entre la cosa y el hombre que ha trabajado para conseguirla, moldearla o disfrutarla, no es un vínculo jurídico propiamente dicho, sino, más bien, un lazo de carácter artístico o técnico. En efecto, no es posible atribuirle el carácter de propiedad a la simple decisión individual de apropiarse de una cosa mediante labores respecto de la misma. Si, efectivamente, éste fuera el resultado —la atribución de propiedad sobre una cosa que se ha trabajado— no sería consecuencia de un acto jurídico individual, sino de la ocurrencia del mismo en el marco de una decisión colectiva (política) que le ha reconocido a dicho sujeto la posibilidad de adquirir algo como consecuencia del trabajo desplegado. Una razón muy importante para que ello sólo pueda ser así es el presupuesto del que parte el mismo Locke; es decir, el carácter común que tienen los bienes antes de ser apropiados. Y es que, en su afán por justificar un título natural a la propiedad privada, el padre del liberalismo otorgó a las *res in commune* los mismos efectos de las *res nullius*; esto es, que pudieran ser adquiridas por la simple decisión individual de apropiárselas.

La revisión del concepto lockeano de propiedad tiene una clara incidencia en el de propiedad intelectual en general, y en el del derecho de autor en particular. Así, al tiempo que no se puede negar que la obra está ligada, de una u otra forma, a su autor, esto no implica, de suyo, que el solo hecho de la creación de la obra haga surgir un vínculo de naturaleza jurídica entre dicho sujeto y el producto resultante de su intelecto. La atribución jurídica de una obra a su autor será consecuencia de una decisión colectiva, orientada al bien común, mediante la cual se determinará que, para la satisfacción de objetivos importantes para la sociedad, es conveniente otorgar a dicho autor unas prerrogativas

especiales sobre su creación. Nuevamente, y con mayor claridad, se puede observar que los bienes utilizados en la producción de la obra, su materia prima (conocimientos, cultura, memoria, etcétera), son *res in commune* —o parte de un acervo común, en los términos utilizados por Rawls y otros filósofos, según se verá más adelante— por lo que no podrían ser apropiados individual y arbitrariamente, sin el consentimiento de la comunidad a la que pertenecen y sin referencia a su bien común.

No obstante las críticas que podemos hacer hoy en día a las ideas lockeanas que influyeron en la configuración de la propiedad intelectual, tanto éstas como las utilitaristas fueron determinantes en la manera como se estructuró la protección de la propiedad intelectual consagrada en la Constitución de los Estados Unidos de América. En dicha norma se otorgaron una serie de poderes generales al Congreso para establecer impuestos, acuñar moneda, declarar la guerra y "para promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores y a los inventores el derecho exclusivo, por plazos limitados, sobre sus respectivos escritos y descubrimientos".[5] De la lectura de esta *cláusula de propiedad intelectual*, como se le suele denominar, se ha inferido que los constituyentes norteamericanos quisieron proteger las nuevas creaciones en la medida en que dicha protección causara el mayor beneficio posible para la sociedad. En otras palabras, teniendo presente un fin o propósito —el progreso de la ciencia[6] y de las artes útiles— se señaló el medio o mecanismo que sería utili-

5 Artículo (*section*) 8 de la primera parte. Nótese además que el autor de la primera enmienda (donde se consagra la libertad de expresión) y de la cláusula de *copyright* en la Constitución fue James Madison quien, al referirse a la misma, afirmó que "the public good fully coincides in both cases [autores e inventores] with the claims of individuals", proponiendo entonces la necesidad de compaginar estos dos intereses (Patry, 1995: 575; y Seltzer, 1978: 10).

6 Davies sostiene que el término *science* equivalía a *knowledge* o *learning* en la forma como lo mencionaba el Estatuto de la Reina Ana (Davies, 2002: 5). En el mismo sentido, Walterscheid, citando a Seidel, a Cohen y a Johnson, afirma que en el siglo XVIII el término *science* tenía ese equivalente (Walterscheid, 2002: 125 y 126).

zado para lograrlo, es decir, la garantía de los derechos exclusivos de autores e inventores por un plazo cierto (Seltzer, 1978: 8).[7]

La concepción estadounidense de propiedad intelectual, tal como quedó plasmada en su Constitución, se valió, entonces, del argumento individualista-liberal de la exclusividad de unos derechos en cabeza de los creadores, como reconocimiento a su labor, adicionándole unos propósitos relacionados con los beneficios sociales que se procuraban con la atribución de tales derechos.[8] Y es que, a diferencia de las teorías individualistas, las utilitaristas partían de la necesaria interacción entre los distintos miembros de la sociedad, para el ejercicio de sus derechos. Así, la propiedad se entendía protegida y fundamentada en los acuerdos tácitos y consuetudinarios mediante los cuales se buscaba evitar las interferencias en el pacífico disfrute de las posesiones de unos y otros, facilitando de esa manera la convivencia de los asociados (Senftleben, 2004: 12). Al trasladar esta perspectiva utilitarista al ámbito de la propiedad intelectual, se materializó en la concesión de incentivos o derechos exclusivos a los creadores, con los que se pretendía fomentar una mayor producción científica y cultural que redundaría en beneficio de toda la sociedad.[9] Por tanto, para que se cumplieran los fines antedichos era necesaria la introducción de otros medios legítimos que permitieran equilibrar los derechos de los creadores con los intereses de la sociedad,

---

7 El autor resume los elementos centrales de la norma referida así: 1) el propósito del *copyright* es beneficiar a la sociedad, 2) el mecanismo para conseguir este propósito es económico, 3) el instrumento de la sociedad para lograr este propósito es el autor. Por otro lado, sobre esta cláusula se expresó el presidente Lincoln afirmando que "…agregó la energía del interés al fuego del genio, en la producción de cosas nuevas y de utilidad" (Novak, 1997: 25).

8 Es generalizada la posición de la doctrina según la cual el régimen estadounidense de propiedad intelectual está sustentando en una filosofía utilitarista y de incentivos. Véase, por ejemplo, Moore, 1997: 65; Schechter & Thomas, 2003: 18; y Merges, Menell & Lemley, 2007: 10-11.

9 Esta concepción se ha utilizado para justificar distintas decisiones en material, de propiedad intelectual, dentro de las cuales una representativa es: *Mazer v. Stein* 347 U.S. 201 (1954).

siempre tratando de obtener el mayor beneficio o utilidad posible para las partes comprometidas, dando así origen a la doctrina que conocemos hoy como del *fair use* o de los usos honrados.

En cuanto al sistema de *droit d'auteur* francés, tradicionalmente se ha afirmado que, desde su origen, después de haber sido suspendidos todos los privilegios por la Asamblea Constituyente en medio de la Revolución francesa (Laligant, 1991: 3-5),[10] éste se centró en los derechos del creador de la obra, considerados ellos como de carácter natural,[11] sagrado e inviolable, por lo que se distinguiría fundamentalmente del *copyright* porque no se encontraría basado en consideraciones utilitaristas, como las que caracterizan a este último (Lucas & Cámara, 2009: 22-23).[12] Sin embargo, a partir de la revisión de diversos documentos relevantes en la génesis del *droit d'auteur*, se puede afirmar que este sistema tuvo origen y propósitos similares al de *copyright*; es decir, que nació como un instrumento jurídico con un claro contenido eco-

---

[10] El autor considera que, ante la abolición de los privilegios, era necesario definir la forma como habrían de protegerse los intereses de todos aquellos que antes estaban cubiertos por los privilegios, y que la forma como fue definido el derecho de autor fue consecuencia del principio de libertad, que le permite a toda persona expresarse sin el permiso de nadie, y de justicia, que exige que todo trabajo esté debidamente remunerado. Sobre la existencia de privilegios en Francia, las discusiones entre libreros de París y libreros de provincia y la influencia de juristas como D'Hericourt y pensadores como Diderot (ambos representando los intereses de los libreros de París), *cfr.* Dock, 1974: 187-197; y Colombet, 1997: 2-3.

[11] Juana Marco Molina considera que la tesis iusnaturalista para calificar la propiedad del autor no es un rasgo exclusivo del derecho francés, sino que se puede calificar de un elemento común en el derecho europeo, por lo menos hasta finales del siglo XVIII (Molina, 1994: 132). Sin embargo, Davidson considera que no se debe confundir el concepto de derecho natural previsto en el derecho de autor francés —más referido a la personalidad del autor— con el del copyright angloamericano —con más énfasis en la propiedad— (Davidson, 2005: 620-623).

[12] Los autores citan además a Desbois, inspirador de la ley francesa de 1957, al afirmar que en Francia siempre se ha rechazado la idea de que las obras se protegen "en virtud de consideraciones de oportunidad, a fin de estimular la actividad literaria y artística" [en la obra de Desbois citada más adelante, § 449].

nómico[13] en donde, además, se percibía el interés por fomentar la transmisión del conocimiento a los miembros de la sociedad.[14]

III. El desarrollo del concepto de acervo común

De acuerdo con el anterior recuento histórico, podemos observar la forma como se fue perfilando la protección de las creaciones intelectuales mediante la institución de la propiedad, con un carácter especial, del que se desprenden facultades de carácter moral y patrimonial. Si examinamos estas últimas facultades —las de carácter patrimonial— a la luz del concepto de acervo común, podremos afirmar que en la medida en que el derecho le reconoce al autor (persona) un título sobre aquello que sea consecuencia del ejercicio de su natural inclinación a buscar el desarrollo de bienes básicos o primarios como el trabajo, la libre expresión y el conocimiento, la obra o creación resultante será, hasta cierto punto, de su propiedad.[15] Se dice que hasta cierto punto porque, después de todo, la obra no ha emanado exclusivamente de él.[16] Aunque, por supuesto, es preciso reconocer su esfuerzo, trabajo e ingenio;

[13] *Cfr.* Kerever, 1989: 4; Ginsburg, 1990-1991: 1014; Bécourt, 1990: 6; Senftleben, 2004: 9; Cámara, 1998: nota al pie núm. 2. Sobre la configuración del derecho de autor como un instrumento económico, véase además artículo de Pérez Goméz Tétrel, 2006-2007: 10.

[14] En realidad, el carácter personalista del *droit d'auteur* se fue construyendo en la jurisprudencia francesa del siglo XIX y estuvo claramente influenciado por los estudios que se realizaron en Alemania, a partir del pensamiento de Kant y Hegel, según se verá en el siguiente acápite. Para una explicación más detallada *cfr.* Stengel, 2004: 84-ss.

[15] Sobre el alcance del concepto de propiedad privada, Finnis considera que ésta consiste en otorgarle a su titular la primacía para usar y disfrutar de la cosa, en la medida en que esta disponibilidad acrecienta su razonable autonomía y le estimula a hacerla producir y a cuidarla (Finnis, 2011: 173).

[16] Con razón, Hervada considera que el "hombre inventa (palabra que significa hallazgo, encontrar algo que ya estaba al menos en potencia) y no que crea (sacar algo de la nada). El hombre es inventor, no creador" (Hervada, 2002: 95).

es decir, sus talentos, al mismo tiempo es menester tener en cuenta que tanto su producción como sus talentos provienen, en mayor o menor medida, del acervo común de la humanidad y que, además, ayudarán a acrecentarlo (Ginsburg, 1997: 5; y Litman, 1990: 965 y ss).[17]

Podemos encontrar rastros de la idea de la propiedad como beneficiaria y tributaria de tal acervo en obras de representantes de otras líneas de pensamiento, más cercanas al realismo jurídico que a las ideas que fundamentarían el liberalismo. Así, por ejemplo, se encuentran indicios en la obra de Aristóteles cuando afirma que, por razones de mejor cuidado, es preferible que los bienes pertenezcan a particulares, pero que en el momento de su utilización se hagan comunes.[18] Esta concepción es igualmente desarrollada por Tomás de Aquino, quien al responder a la cuestión de si es lícito a alguien tener una cosa como propia manifiesta que, cuando se trata de bienes exteriores, al hombre le corresponde usar y disfrutar de los mismos. Sin embargo, agrega, al usar y disfrutar de estas cosas no las debe considerar exclusivamente propias, sino que, por el contrario, debe tenerlas por comunes, de modo que cuando otros las necesiten, les puedan dar fácil participación (De Aquino, 1956: II-II, q. 66, a. 2; y Finnis, 1998: 189-190). Adicionalmente, al tratar de la conformación y uso de ese acervo de cosas comunes, sostiene que las cosas materiales o

[17] Gervais anota que el mismo Locke reconoce la existencia de una correlación entre lo que un individuo debe a la sociedad y lo que ésta debe al individuo, aunque considera que deben reconocerse los esfuerzos que ha desplegado el individuo para crear o adaptar algo que estaba en el dominio público (Gervais, 2007: 16-17).

[18] A esta conclusión llega, después de sostener entre otras cosas que un régimen de propiedad justo debe contar con las ventajas tanto de un sistema privado como de uno común: "…es preciso que en cierto modo la propiedad sea común, aunque sea en general privada. Así pues, los intereses, al estar repartidos, no causarán reclamaciones de unos contra otros, y rendirán más al aplicarse cada uno a lo suyo. Pero, gracias a la virtud, se obrará para su uso conforme al dicho 'las cosas de los amigos son comunes'… Pues aunque cada uno posea su propiedad privada realiza las cosas provechosas a sus amigos y se sirve de otras que le son comunes…" (Aristóteles, 2004: II, V).

inferiores —por contraposición a las espirituales— deben estar destinadas a satisfacer las necesidades de los hombres. De aquí se desprende, de acuerdo con el Aquinate, que la división y apropiación de las cosas, según el derecho de los hombres, no pueda impedir que con ellas se puedan satisfacer las necesidades de los hombres que lo requieran (De Aquino, 1956: II-II, q. 66, a. 7; y Finnis, 1998: 190-196). En tiempos modernos, Finnis también ha desarrollado el concepto de acervo común como condicionante de la propiedad privada al afirmar, respecto del titular de una cosa que, aunque detenta la posibilidad de usar ésta para satisfacer, de manera razonable, sus necesidades y las de sus dependientes, ese mismo propietario debe tener presente que el resto de la propiedad y de sus frutos los mantiene como parte del acervo común (*common stock*).[19] Así, según Finnis, lo que inicialmente era común —las cosas en servicio de todos los hombres— ingresa a la órbita privada como consecuencia de algún acto de atribución, únicamente en la medida necesaria para satisfacer las propias necesidades, pero, en virtud del bien común, continúa haciendo parte de tal acervo común. El principal efecto de esta pertenencia al acervo común es que, aunque la cosa ha sido atribuida a una persona para su administración y control —pudiendo tenerla como propia—, ella no le pertenece para su exclusivo beneficio sino para el beneficio común (Finnis, 2011: 173).

IV. Acervo común en el pensamiento de Rawls

Como se puede observar, el del acervo común no es un concepto nuevo o exclusivo de Rawls. Sin embargo, lo que sí puede con-

[19] Aunque en las versiones castellanas se ha utilizado el término *acervo común* (y *activo común*) para los conceptos propuestos por Rawls y Finnis, nótese que el primero utilizó originalmente *common asset*, mientras que el segundo alude a *common stock*. Si se examina el significado de uno y otro en idioma inglés, se encontrará que, aunque no son totalmente sinónimos, sí hacen referencia a una realidad similar.

siderarse novedoso, según observamos en la parte inicial de este trabajo, es que no se haya referido dicho concepto a bienes, sino a talentos y habilidades y sugerir una especie de equiparación entre los más y los menos afortunados, restándole importancia al mérito de los primeros, tal como lo hace en *Teoría de la justicia*. Eso explica que esta particular propuesta de Rawls haya recibido críticas desde distintos flancos. Por ejemplo, están aquellos que, como Nozick, no confían en la posibilidad de sopesar o equilibrar los valores liberales clásicos de libertad e igualdad, y optan por renunciar a lo segundo, con todo lo que ello implica para la denominada *igualdad de recursos* e *igualdad material*. De ahí que Nozick criticara a Rawls por considerar que su visión del acervo común y la compensación requerida no se compadecía con el principio de autonomía de la persona, al tiempo que reafirmaba los derechos de toda persona, derechos de carácter inalienable, sobre los resultados de su trabajo, esfuerzo e inventiva, por lo que no sería posible subvalorar los méritos y logros personales que debían ser debidamente recompensados (Nozick, 1974: 224-227).[20] Por su parte, Sandel, desde el comunitarismo, presentó una contundente crítica a la manera como Rawls pretendía introducir la idea de acervo común, que suponía que cada individuo era tan sólo un depositario de méritos y no un poseedor de ellos, en contravía de los postulados liberales que el teórico de la justicia como equidad intentaba defender (Sandel, 2000: 91-134 y 217-227).

Seguramente movido por las críticas sobre el particular, en *Justice as Fairness* (2002) Rawls dedicó varias páginas a aclarar el concepto de la distribución de talentos como un acervo común. Veamos algunas de esas observaciones, que nos pueden ayudar a precisar mejor las ideas de Rawls sobre el tema que venimos analizando. En primer lugar, llama la atención que en esta obra utiliza menos los términos *talentos* y *habilidades* y más *dotaciones* o *endowments*, término que, aunque sinónimo abarcaría también otras realidades, como la riqueza y los bienes que se posean. Res-

[20] Sobre el concepto de mérito y recompensa en Rawls y Nozick, puede leerse: Cummiskey, 1987: 15-19.

pecto de las dotaciones que se puedan calificar como innatas, Rawls reitera que ellas son inmerecidas, afirmación que él califica como perogrullada (Rawls, 2002: § 21.1, 110). Para poner a prueba la obviedad de su afirmación, formula varias preguntas desafiantes sobre si se puede pensar que se merece haber nacido mejor dotado que otros; o si se merece haber nacido hombre en lugar de mujer; o si se merece haber nacido en una familia adinerada en lugar de haberlo hecho en una familia pobre.[21] Rawls mismo contesta negativamente a sus propias preguntas y aclara que "una estructura básica que satisfaga el principio de diferencia recompensa a las personas, no por su lugar en la distribución sino por adiestrar y cultivar sus capacidades y por ponerlas a trabajar en aquello que contribuya al bien de los demás y al suyo propio" (Rawls, 2002: § 21.1, 110). Aquellos que actuaran de esta forma serían meritorios, desde la perspectiva de las expectativas legítimas (Rawls, 2002: § 21.1, 110).

Más adelante, Rawls responde a una de las críticas mencionadas, referida a la forma como el acervo común afectaría la autonomía personal. Aclara que lo que se puede considerar un acervo común es la distribución de las dotaciones innatas o naturales y no las dotaciones en sí mismas consideradas e individualizadas. De aquí que reafirme la integridad física y sicológica de

[21] Esta idea ya había sido presentada en *Consideraciones*… al expresar, con evidente influencia del pensamiento luterano: "La persona humana, tras percibir que la revelación de la palabra es una condena del yo, desecha cualquier pensamiento acerca de sus propios méritos… No puede ya jactarse de sus buenas obras, de su destreza, porque sabe que son dones divinos. Cuanto más examina su vida, más mira en su interior con plena honestidad y más claramente percibe que todo cuanto tiene es un don. Supongamos que a ojos de la sociedad fuera un hombre de bien; a la sazón se dirá a sí mismo: 'Eres un hombre cultivado, sí, pero ¿quién pagó tu educación?; eres un hombre bueno y honrado, sí, pero ¿quién te enseñó buenos modales y te proporcionó una buena fortuna de modo que no tuvieras que robar?; eres un hombre de talante afectuoso y no un ser despiadado, sí, pero ¿quién te educó en una buena familia, quién te dio cariño y afecto cuando eras pequeño de modo que crecieras sabiendo apreciar la gentileza y la bondad? ¿No deberías admitir que todo cuanto tienes te ha sido dado? Sé pues agradecido y abandona tu arrogancia'" (Rawls, 2010: 261).

las personas y sus correspondientes derechos y libertades básicas. Para Rawls, entonces, son las diferencias entre las personas, la manera desigual como se encuentran dotadas lo que realmente constituye el acervo común al que ha hecho referencia. La riqueza e importancia de este acervo común radicaría entonces en la forma como se podrían complementar y extraer ventajas de las diferencias entre talentos, similares a aquellas que han explicado los economistas con el principio de las ventajas comparativas (Rawls, 2002: § 21.3, 111).

Finalmente, para responder a las críticas respecto de la compensación que merecerían aquellas personas que han desarrollado positivamente sus dotaciones, Rawls expresa la necesidad de que el principio de diferencia vaya acompañado de reciprocidad, idea que ya había esbozado en *Liberalismo político*, y que consistiría en que a los mejor dotados o más afortunados en la distribución de dotaciones innatas se les estimule a obtener beneficios adicionales en la medida en que desarrollen sus dones y talentos, y de esa forman contribuyan al beneficio de los menos dotados o afortunados (Rawls, 2002: § 21.4, 112).

V. Acervo común, méritos y propiedad intelectual

Teniendo entonces presentes las discusiones sobre la existencia y los límites que impondría un acervo común de la humanidad y la idea de reciprocidad expuesta por Rawls, es posible afirmar que, en el campo de la llamada propiedad intelectual, se puede constatar que en la labor de *creación* de una obra se utilizan elementos que provienen de ese activo universal (ideas, conocimientos, memoria [Donald, 1991: 259-359], talentos, habilidades trasmitidas, etcétera) y que sus resultados también lo acrecientan. En otras palabras, tanto autor como sociedad fungen como beneficiarios y tributarios en la dinámica de la aprehensión, transformación y divulgación de conocimiento. Sin embargo, una cosa es sostener que los bienes intelectuales se originan y hacen parte de un acervo

común, y otra bien distinta, negar los méritos, esfuerzos y sacrificios de quienes utilizan sus talentos para aprehender, transformar y divulgar esos productos del pensamiento. Sin llegar al extremo en el que se ubican Nozick y los grandes exponentes del liberalismo, que califican de inalienables los resultados del trabajo y la inventiva del hombre, es de justicia reconocer los méritos y contribuciones del autor en la determinación de lo que le corresponde en la explotación de la obra resultante, como lo aclara Rawls en *La justicia como equidad*, en desarrollo de la idea de reciprocidad. De ahí que, a pesar de las patentes diferencias con aquella que recae sobre bienes tangibles, no sea irrazonable atribuirle al autor una especie de propiedad,[22] con sus consecuentes características de exclusividad y transmisibilidad, máxime cuando para él será más factible mirar como *propio* el objeto de su creación que hacer lo mismo con un bien material que le pertenezca. En todo caso, esta propiedad del autor sobre su obra, después de todo favorecida por el acervo común preexistente, tendría una índole similar a la fiduciaria, que supondría de parte del creador el deber de contribuir con el beneficio común, particularmente en el ámbito de los bienes relacionados, tales como el conocimiento y la libertad de expresión.[23]

Sin embargo, el mundo ha cambiado desde que Rawls escribió su *Teoría de la justicia*, y los cambios se han sentido particular-

---

[22] En la medida en que el autor puede considerar su creación como *propia*. No se trata aquí de equiparar completamente la relación autor-obra con la que puede tener una persona que ejerza el derecho real de propiedad sobre una cosa material. Colombet considera que la naturaleza del derecho de autor es *híbrida* en la medida en que respecto del patrimonial se puede calificar como de propiedad y respecto del derecho moral como un derecho de la personalidad. Lo anterior supone, por supuesto, la suscripción de la teoría dualista del derecho de autor (Colombet, 1997: § 21). Asimismo, Vivant considera que es más factible llamar propiedad al *copyright* que al derecho de autor del sistema latino-germánico. En todo caso, reconoce que en el derecho de autor se pueden encontrar elementos del derecho de propiedad, lo que no implica calificarlo como derecho humano (Vivant, 1997: 85).

[23] Lo dicho por Finnis se refiere, en general, a la propiedad privada (Finnis, 2011: 173).

mente en el ámbito de la propiedad intelectual. En los últimos cuarenta años, la propiedad intelectual ha pasado de ser un asunto regulado por los legisladores nacionales a ser uno de los temas más importantes en el contexto del derecho internacional, tal como lo muestra la adopción de distintos tratados en la materia, principalmente impulsados por los países más desarrollados; es decir, aquellos que representan a los grandes titulares de propiedad intelectual (los más aventajados), interesados en una protección cada vez más estricta. El comercio internacional ha ido convirtiendo, poco a poco, las otrora creaciones de la inventiva humana en simples *commodities*, cuyos términos de uso y explotación ocupan un lugar privilegiado en los tratados multilaterales y bilaterales de libre comercio. Las nuevas realidades tecnológicas también han generado nuevos desafíos: cuando Rawls publicó su *Teoría*…, Internet todavía era Arpanet, un proyecto militar estadounidense en el contexto de la guerra fría y no lo que ha llegado a ser hoy, una superautopista de información o la biblioteca universal con la que soñó Borges,[24] en la que todos nos consideramos legitimados para usar su contenido, sin contraprestación alguna.

Estos cambios han abierto nuevamente la discusión sobre cuál es la mejor forma como se pueden conseguir los fines de promoción y difusión del conocimiento en la sociedad, sin causar perjuicio a los intereses de los creadores y la industria que ayuda a difundir sus creaciones. En términos rawlsianos, cuál es la mejor forma de hacer efectivo el acervo común que constituye la distribución de dotaciones innatas, reconociendo al mismo tiempo una recompensa a aquellos que han sabido utilizar esas dotaciones en beneficio común. Por un lado, los defensores del derecho de autor consideran que un mayor conocimiento es consecuencia de la producción de una mayor cantidad de obras, y que ello sólo es posible cuando existe un marco jurídico que otorgue una debida protección al autor y a sus creaciones. Desde esta perspectiva, el sistema jurídico protector debe interpretarse de manera extensiva

[24] *Cfr.* el cuento de Borges, “La biblioteca de Babel”, en *Ficciones*.

y preferente a favor del autor, y de forma restringida y limitada en relación con todas las demás personas que pretendan tener acceso a la obra. En particular, se sostiene que unos derechos más fuertes a favor del autor redundarán en un mayor estímulo para la creación de obras, mientras que su limitación a favor de terceros implicará un desincentivo a su labor creadora y, por tanto, a la generación de conocimiento.[25]

Por otro lado, los críticos de los sistemas de derecho de autor pugnan por una significativa limitación de los derechos exclusivos de los autores y por una mayor o total libertad de utilización de sus creaciones, permitiendo así una amplia difusión del conocimiento. Esta posición está usualmente soportada en la prevalencia de los derechos fundamentales a la educación, a la información y a la libre expresión, entre otros.[26] En los últimos años, también se han ubicado en esta orilla de la discusión aquellos que buscan el reconocimiento de otros derechos *fundamentales*, como el acceso al conocimiento —*access to knowledge* o *A2K*, por su denominación y siglas en inglés— y el acceso a Internet.[27] Para todos ellos, el *conocimiento libre* se constituye en un poderoso motor de saber y transmisor de cultura, por lo que bajo esta concepción se alcanzarían mejor los fines de las sociedades democráticas en cuanto más personas accederían a más fuentes de conocimiento, y, en esa medida, habría más creadores y creaciones.[28]

En todo caso, una de las principales causas por las cuales los defensores y detractores de los sistemas de derechos de autor no

[25] Strowel desarrolla con amplitud esta justificación basada en el estímulo personal al autor y su eficacia económica e influencia en el mercado (Strowel, 1993: 173-ss.; y Vivant, 1997: 69 y nota 10).

[26] *Cfr.*, por ejemplo, la descripción de los extremismos del *copyright* que hace Lessig (2004: 10).

[27] *Cfr.* reporte presentado a la Asamblea General de Naciones Unidos por Frank La Rue, relator para la promoción de la libertad de expresión y de opinión, 16 de mayo de 2011.

[28] Vivant menciona y califica de poco serias estas posiciones, que verían con buenos ojos la desaparición del derecho de autor, entendido como un obstáculo para el libre desarrollo del conocimiento (1997: 69 y nota 12).

logran un acuerdo sobre los mejores medios para promover el conocimiento es la multiplicidad de intereses adicionales y contrapuestos de los distintos actores involucrados, así como su falta de referencia a un bien común. En efecto, por más que se arguyan motivos de interés público en la protección de los derechos de los autores y de los titulares o en la mayor limitación de dichos derechos, si en los distintos miembros de la sociedad no se verifica la propia consecución de los bienes singulares relacionados (conocimiento, verdad, trabajo, juego, experiencia estética, etcétera) no se estaría logrando tampoco el bien común, como tampoco alcanzarían realmente esos bienes singulares si para su obtención no se ha buscado un fin superior, sino la afirmación absoluta de sus propios intereses, olvidando que entre dos bienes auténticos no puede existir oposición (Vigo, 1983: 169).[29] En suma, la discusión entre promotores y opositores de un derecho de autor menos limitado, entre enemigos y amigos de una mayor libertad en la utilización de obras y creaciones, se torna insalvable cuando ella se sustenta en el supuesto carácter absoluto[30] de los derechos e intereses que cada uno pretende defender. El debate, así planteado, deja de ser jurídico y racional y se transforma en mediático y visceral.[31]

Para resolver esta cuestión, se requiere de un acuerdo básico, como el que propone Rawls, sobre los intereses y valores que

[29] El autor retoma conceptos de la filosofía aristotélico-tomista para afirmar la imposibilidad de obstrucción entre dos bienes, cuando ellos son verdaderos y parte del bien común.

[30] El que los derechos e intereses involucrados en este debate se encuentren soportados en bienes humanos básicos no significa que ellos, por sí mismos, sean bienes humanos básicos. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que no debe existir ninguna preferencia arbitraria entre valores o bienes humanos básicos (Finnis, 2011: 105-106).

[31] En la línea de pensamiento de Cruz Prados, se puede criticar esta clase de posturas como típicamente liberales individualistas, que terminan convirtiendo un problema práctico en un verdadero conflicto de derechos, otorgando mayor importancia al interés de cada cual, que a los fines comunes hacia los cuales deberían estar encaminados (Cruz Prados, 2006: 108 y 109).

comúnmente se quieren conseguir con un régimen autoral más o menos estricto, con unas libertades de información, expresión, etcétera más o menos amplias. Es preciso definir el contenido del bien común relacionado con estos derechos e intereses y la forma como él puede ser obtenido.[32] Así, en la medida que se logre una mayor identidad de pretensiones relativas a la creación y aprovechamiento de las obras, se obtendrá un vínculo unificador más fuerte y aumentará la probabilidad de satisfacer esas aspiraciones compartidas redundando en beneficio de unos y otros.

Un acuerdo sobre este particular debe partir del entendimiento sobre el fin que se quiere lograr en conjunto y la manera como el derecho de autor y sus limitaciones pueden contribuir al bienestar integral de la sociedad, acrecentando y transformando lo que los distintos actores hagan individualmente, perfeccionando y conjugando sus fuerzas singulares de forma que los bienes que genera la creación y el disfrute de obras sean participados, a toda la comunidad, en el máximo grado posible.

En suma, las ideas de acervo común y de reciprocidad, iluminadas por el concepto de bien común, suponen, en el caso del derecho de autor, la ordenación de los distintos bienes individuales hacia un fin común para todos los actores involucrados;[33] por ejemplo, una justa retribución al trabajo realizado por el autor,

---

32 Sin la definición de un *ethos* común en materia de propiedad intelectual, no será posible definir qué postura y qué acción es racional. Sobre este tema, Cruz Prados afirma: "Para que quepa racionalidad práctica, es preciso la previa definición del *ethos* común, de lo que estamos haciendo juntos. Frente al normativismo, hay que afirmar que la definición del *ethos* precede y es condición de la formulación de las normas… El *ethos* no es una trama normativa, ni se constituye por suma de normas. Es algo que estamos haciendo, una praxis común; una forma real y concreta —y más o menos abarcante—, de actividad compartida, de vida común. Las normas, como auténticas reglas *prácticas*, sólo pueden surgir a partir de aquello en lo que consista el *ethos*" (Cruz Prados, 2006: 111).

33 Sobre el particular, Vigo afirma que "son los mismos miembros de la comunidad, a través de sus diferenciados talentos y funciones los encargados de forjar y de usufructuar el bien común, además de lograr sus respectivos bienes individuales" (Vigo, 1983: 169).

el reconocimiento de la autoría de una obra o la posibilidad de acceder a la obra y usarla en condiciones equitativas; esto es, pagando un precio razonable o disfrutándola sin pago, según dicten las circunstancias particulares. El acuerdo político que se logre al respecto debe ser integral y armonizador, debe ayudar a que se realicen plenamente las distintas facetas de la vida humana, por lo que, en el caso del derecho de autor, debe abarcar y procurar la efectividad de derechos tan aparentemente disímiles como la cultura y la propiedad, la libertad de expresión y la honra. Y respecto a cada uno de ellos, atendiendo las específicas circunstancias históricas y sociales, conceptos como el del bien común influirán para que la obtención de los bienes relacionados sea perfectiva y gradual, de unos bienes básicos, a unos intermedios, a otros más elevados. Así, el sistema de derecho de autor deberá permitir pasar de un nivel básico de educación a garantizar un desarrollo tecnológico más avanzado,[34] de estimular la creación de ciertas obras a incentivar, mediante políticas más ambiciosas y comprehensivas, la producción y disfrute masivo de las creaciones intelectuales. Podemos decir que estas propuestas, como algunas que hizo Rawls, no tienen asidero en la realidad que hoy estamos viviendo, en la que predomina la ambición de parte y parte, de grandes titulares de derechos que aspiran recibir pago por cualquier uso y los usuarios que sueñan con tener millones de canciones y videos en la memoria de su computador, aunque nunca los vayan a escuchar o a ver. Es cierto, puede ser que sea imposible lograr este acuerdo alrededor de la propiedad intelectual, pero creo que vale la pena intentarlo.

VI. Bibliografía

Aristóteles, (2004), *Política*, Madrid, Tecnos.

Bécourt, D. (1990), "La Revolución francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo", *Boletín de derecho de autor* (4).

[34] Una idea similar, aunque de manera general, propone Santiago (2002: 116).

BLACKSTONE, W. (1766), *Commentaries on the Laws of England,* Oxford, The Clarendon Press. Recuperado el 15 de 9 de 2012, de Google Books: *http://books.google.com.co/books?id=u593727KfGgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.*

CÁMARA, P. (1998), *El derecho moral del autor*, Granada, Comares.

COLOMBET, C. (1997), *Propriété littéraire et artistique et droit voisins*, París, Dalloz.

CRUZ PRADOS, A. (2006), *Ethos y Polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, Eunsa.

CUMMISKEY, D. (1987), "Desert and Entitlement: A Rawlsian Consequentialist Account", *Analysis* (1).

DAVIES, G. (2002), *Copyright and the Public Interest*, Londres, Thomson Sweet & Maxwell.

DAVINSON, B. (2005), "Lost in Translation: Distinguishing between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters", *Cornell Intellectual Property Law Journal*, (38/583).

DE AQUINO, T. (1956*), Suma Teológica*, Madrid, Católica.

DOCK, M. C. (1974), "Genèse et évolution de la notion de propriété litteraire", *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, (79/127).

DONALD, M. (1991), *Origins of Modern Mind*, Cambridge, Harvard University Press.

FINNIS, J. (1998), *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Nueva York, Oxford University Press.

——— (2011), *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York, Oxford University Press,

GERVAIS, D. (2007), "Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together", en TORREMANS, P. L., *Intellectual Property and Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International.

GINSBURG, J. C. (1990-91), "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America", *Tulane Law Review* , (64/5).

——— (1997), "Author and Users in Copyright", *Copyright Society of U.S.A.*, (45/1).

GORDON, W. J. (1993), "A property right in self-expression: equality and individualism in the material law of intellectual property", *Yale Law Journal* (2/7).

HERVADA, J. (2002), *¿Qué es el derecho?*, Pamplona, Eunsa.

KEREVER, A. (1989), "Révolution française et droit d'auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (141).

LALIGANT, O. (1991), "La Révolution française et le droit d'auteur ou perennité de l'object de la protection", *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 79 (147).

LESSIG, L. (2004), "The Creative Commons", *Montana Law Review*, (65).

LITMAN, J. (1990), "Jessica Litman, The Public Domain", *Emory Law Journal*, 39 (965).

LOCKE, J. (2010), *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Tecnos.

LUCAS, A., & Cámara, P. (2009), "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos", *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, 33 (13).

MARCO, J. M. (1994), "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", *Anuario de Derecho Civil* (121).

MAY, C. (2008), *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights*, Nueva York, Routledge.

MERGES, R. P. *et al*. (2007), *Intellectual property in new technological age*, Nueva York, Aspen Publisher, Wolters Klwer & Business.

MOORE, A. (1997), "A Lockean Theory of Intellectual Property", *Hamline Review*, 21 (56).

NOVAK, M. (1997), *El fuego de la inventiva y la energía del interés: sobre la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Fundación República para una Nueva Generación.

NOZICK, R. (1974), *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books.

PABÓN, J. A. (2009), "Aproximación a la historia del derecho de autor", *La propiedad inmaterial*, 13 (59).

PATRY, W. F. (1995), *The fair use privilege in copyright law*, Washington (D.C.), Bureau of National Affairs.

PÉREZ GÓMEZ TRÉTEL, A. M. (2006-2007), "El análisis económico del derecho de autor y del *copyright*, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado", *La propiedad inmaterial* (10-11).

PLATA, L. C. (2010), *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor*, Barranquilla, Ediciones Uninorte & Gustavo Ibáñez.

RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.

——— (1978), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

——— (2010), *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe y Sobre mi religión*, Barcelona, Paidós.

——— (2002), *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós.

SANDEL, M. (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa.

SANTIAGO, A. (2002), *Bien común y derecho constitucional*, Buenos Aires, Ábaco.

SCHECHTER, R. E., & Thomas, J. R. (2003), *Intellectual property: the law of copyrights, patents, and trademarks*, St. Paul, Thomson & West.

SELTZER, L. E. (1978), *Exemptions and Fair Use in Copyright: the Exclusive Rights Tension in the 1976 Copryright Act*, Cambridge, Harvard University Press.

SENFTLEBEN, M. (2004), *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*. La Haya: Kluwer Law International.

STENGEL, D., "La propiedad intelectual en la filosofía", *La propiedad inmaterial*, 8 (71).

STROWEL, A. (1993), *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, París-Bruselas, Bruylant-LGDJ.

VIGO, R. L. (1983), *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

VIVANT, M. (1997), "Le droit d'auteur, un droit de l'homme?", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (174).

WALTERSCHEID (2002), *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*, Buffalo, William S Hein & Co.

YEN, A. (1990), "Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession", *Ohio State Law Journa*l, 51 (517).

EL LIBERALISMO RAWLSIANO Y LA PROPUESTA LIBERTARIA

José Olimpo Suárez*

Sumario: I. *El liberalismo se dice de muchas maneras*. II. *El amoblamiento teórico del liberalismo y del libertarianismo.* III. *Interpretación divergente de los derechos y la dignidad del ser humano en términos liberales y en términos libertarianos*. IV. *Entre el reconocimiento, la perplejidad y la esperanza*. V. *Bibliografía*.

El marco de este Seminario de Teoría Política Contemporánea, convocado por la Universidad de La Sabana y dedicado a la memoria y obra del profesor John Rawls resulta más que propicio para la alabanza y la reflexión lexical sobre la obra del pensador norteamericano; pero igualmente nos permite renovar las consideraciones, siempre tensionantes, entre el liberalismo y algunos de sus críticos filosóficos o políticos. Mi esfuerzo se centrará en replantear algunas de esas contradicciones subyacentes al credo liberal rawlsiano y al credo de los así denominados libertarianos.[1] El enfoque metodológico que utilizaré bien puede denominarse *more pragmatico* en tanto busca, a un nivel metateórico, evaluar las tesis de los enfoques contrastados. Los límites de esta reflexión estarán encarnados en dos textos polémicos: por un lado, la declaración

* Universidad Pontificia Bolivariana

1 Existen diferencias de carácter político entre los libertarianos y los libertarios. En este ensayo utilizaremos y nos centraremos en el concepto *libertarianismo* entendido más como un horizonte filosófico que como un discurso político.

del profesor Rawls según la cual la teoría política liberal se separa radicalmente de la filosofía y, por otra parte, un texto de mediados del siglo pasado en el que el profesor Friedrich von Hayek se lamenta por la falta de un liberalismo filosófico fuerte. No es, pues, mi interés demostrar una tesis filosófica, sino invitarles al desencanto, la sorpresa y quizá un poco a la esperanza de continuar la reflexión filosófica frente a estos problemas propios de la filosofía política.

Comencemos diciendo, entonces, que en este marco lexical extenderé, a modo de una cartografía elemental, los elementos diferenciadores e identitarios de cada uno de los enfoques teóricos concernidos; a renglón seguido intentaré evaluar las convergencias y las diferencias entre tales concepciones y sus recursos a la teoría de los derechos tanto como al empleo del concepto *dignidad* del ser humano. La inferencia final no será otra que el reconocimiento del valor de la teoría política rawlsiana como legitimadora de las democracias nordatlánticas y el reconocimiento, no sin perplejidad, de la propuesta libertariana como designio de la filosofía en su sentido más tradicional: búsqueda del ser. Entremos entonces en materia. He aquí, pues, los dos textos que determinarán nuestras reflexiones. En primer lugar una declaración de principios del profesor Rawls, que se lee así:

> La idea central es que el liberalismo político se mueve en el campo de la categoría de lo político y deja la filosofía tal como está. Deja inalteradas todo tipo de doctrinas religiosas, metafísicas y morales, con sus largas tradiciones de desarrollo e interpretación. La filosofía política se desarrolla aparte de todas estas doctrinas y se presenta en sus propios términos como independiente. De ahí que no pueda defenderse invocando doctrinas comprehensivas o criticándolas o rechazándolas, en la medida, claro es, que esas doctrinas sean razonables políticamente hablando (Habermas & Rawls, 1998: 78).

El otro límite está encarnado en la sugerencia teórica del profesor Hayek, que señala explícitamente: "carecemos de una utopía liberal, de un programa que no sea ni una simple defensa

del orden establecido, ni una suerte de socialismo diluido; sino de un verdadero radicalismo liberal que no tema a las susceptibilidades de los poderes (incluidos los sindicatos), que no sea ávidamente práctico y que no se limite a lo que sea políticamente posible en nuestros días" (Hayek, 1949: 432).[2] Establecidos así los límites de nuestro territorio teórico, pasemos a nuestras consideraciones personales sobre el asunto planteado.

I. El liberalismo se dice de muchas maneras

Como es sabido, la filosofía política liberal cubre diversas variantes ideológicas sobre el poder, el Estado y los derechos individuales. Sin embargo, en nuestros días es relativamente común hablar de tres variantes dominantes dentro de la tradición liberal, ellas son: el liberalismo clásico, el liberalismo igualitarista y el libertarianismo. Consideramos a continuación algunos de los rasgos diferenciadores para así formarnos una imagen en perspectiva de sus propuestas teóricas. No existen, por supuesto, límites infranqueables entre estas concepciones; se trata tan sólo de un esfuerzo metodológico para caracterizarlas conceptualmente.

En primer lugar, el *liberalismo clásico*, que se caracteriza básicamente por apoyar con decisión el librecambismo económico y aceptar, por ello, las distribuciones propias del mercado; pero que, a su vez, se muestra partidario de la redistribución simple de los ingresos a fin de preservar las instituciones provenientes del mercado. Libertad y propiedad son las piedras de toque de esta variante liberal. Para los liberales clásicos, la mejor forma de gobierno es aquella que protege los derechos de propiedad. El argumento es consecuencialista: se invoca decididamente la libertad económica como condición *sine qua non* para proteger la libertad individual. Como consecuencia, entonces, se rechaza la tesis de la redistribución estatal fuerte, pues ellos supondrían la

[2] La traducción es mía.

violación de la libertad económica; sin embargo, ello no es óbice para no postular y defender los derechos políticos de primera generación y asimismo mantenerse dentro de la tradición de la búsqueda del *bien común*. Próximo a nuestros días, bajo esta perspectiva se ha postulado una tesis importante venida del dominio de la economía política: la *renta básica* para todos los seres humanos, con lo cual la libertad política y la libertad económica se verían como equivalentes y condición del derecho de los individuos en sociedad. Dentro de la amplia perspectiva del liberalismo clásico podríamos situar a David Hume, Adam Smith, James Buchanan y al propio profesor Hayek.

El liberalismo igualitarista, *High Liberalism,* liberalismo contractualista o distributivo, a su vez, postula una defensa fuerte de las instituciones modernas basadas en la teoría de los derechos y en el contractualismo político. Encarnan este enfoque tres pensadores dominantes en el horizonte de la cultura: Kant, Mill, y, por supuesto, el profesor John Rawls. En efecto, los dos principios de justicia por él establecidos sólo pueden ser plenamente comprendidos si se acepta que cada individuo es un agente moral con plena capacidad de autonomía racional. Éste es en principio el postulado de *A Theory of Justice* (1971). Afirma el profesor Rawls: "Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en su conjunto puede atropellar", y concluye: "Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales" (Rawls, 1979: 17). Esta forma alternativa de liberalismo contractualista se basa en una perspectiva moralmente deontológica; es decir, no busca fundamentos en un valor ulterior a los establecidos en la argumentación sobre la racionalidad, la autonomía y los derechos y libertades propios de las democracias liberales. Si en el *liberalismo clásico* la libertad económica es equivalente a la libertad política, ahora, en el liberalismo igualitarista la libertad política se coloca como prioritaria sobre la búsqueda del bienestar económico y el lucro, propio del mercado.

En tercer lugar, ofrezcamos una breve descripción de una tradición crítica dentro del propio horizonte ideológico del liberalismo: *el libertarianismo*. El axioma fundador de este credo se encarna en la expresión "ningún hombre ni grupo de hombres puede cometer una agresión contra la persona o la propiedad de alguna otra persona"; en otras palabras, los adeptos del libertarianismo se apoyan en dos principios morales: el principio de autopropiedad y el principio de no agresión. Recogiendo la herencia fuerte lockeana, estos principios se expresan en la tesis según la cual la propiedad privada es una expresión de la ley natural de autopropiedad y, concomitante con esto, el ordenamiento justo es aquel que respeta y obedece esta ley natural. De ahí que cualquier intento de redistribución de la riqueza o los ingresos sociales mediante la coacción legal representa una violación inaceptable del derecho natural, y por ello se debe asumir como una auténtica injusticia. Esta variante del liberalismo cuenta entre sus defensores más conspicuos al profesor Robert Nozick y al economista Murray Rothbard. El primero, Nozick, como respuesta a la teoría rawlsiana argumenta en este sentido: si asumimos que toda persona tiene derecho a los bienes que posee legítimamente, entonces una distribución justa sólo puede ser aquella que provenga del libre intercambio entre las personas. La consecuencia es directa y política: ningún gobierno puede realizar políticas redistributivas sin cometer una injusticia; esto es, aquella que consiste en quitar a alguien lo que le pertenece para dárselo a un tercero. Rothbard, a su vez, intentará corregir a Nozick, y complementarlo con una posición aún más radical de cuño antiestatista. Una observación más sobre esta tendencia ideológica: los libertarianos contemporáneos se han agrupado en dos líneas claramente perceptibles, y por ello reciben la denominación de *libertarianos de derecha* y *libertarianos de izquierda*. El profesor Peter Vallentyne (2003: 5-25) estipula esta distinción bajo el siguiente argumento: los libertarianos de derecha son aquellos que afirman que los bienes de la naturaleza no pertenecen a nadie en principio, y que por ello pueden ser objeto de apropiación legítima sin contrapar-

tida alguna; los libertarianos de izquierda, por su parte, sostienen que los bienes naturales pertenecen a todos los miembros de la comunidad, y su apropiación sólo puede serlo consensualmente. Esta última tesis, como se ve, está muy cerca del liberalismo igualitarista y contractual, y por ello se tiende a confundirlos, e incluso a identificarlos. Dejemos por el momento esta cartografía lexical y atendamos más bien a algunos conceptos propios de estas tradiciones ideológicas.

II. El amoblamiento teórico del liberalismo y del libertarianismo

De las diversas posibilidades de institucionalización constitucional de que se han servido las variantes del liberalismo podemos indicar un par de ellas, pertinentes para los efectos de nuestra evaluación teórica. En primer lugar, destaquemos que el credo liberal moderno postula la necesidad de que el Estado no intervenga en la formación o profesión de fe de concepciones del bien. Si esta tesis la leemos como *tolerancia* frente a las diversas posibilidades de la creencia y a las diversas formas de vida buena, entonces estaremos aceptando buena parte de la mejor tradición del liberalismo occidental. Vale la pena señalar que para el *liberalismo igualitarista* la tolerancia se ha institucionalizado a través del reconocimiento político y legal de ciertas libertades y derechos que han dado forma al Estado de derecho. Los *liberales clásicos*, por su parte, han colocado la tolerancia como parte del núcleo esencial de su credo fundando sobre ella la libertad de credo religioso, la libertad de expresión y la libertad de educación. El profesor Rawls participa de este enfoque cuando centra el origen del credo liberal en el marco de las guerras de religión europeas modernas:

> Así pues, el origen histórico del liberalismo político (y, más generalmente del liberalismo) es la reforma y sus secuelas, con las largas controversias acerca de la tolerancia religiosa en los siglos XVI y XVII. Entonces dio principio a algo parecido al criterio

> moderno de la libertad de conciencia y de la libertad de pensamiento. Como bien lo vio Hegel, el pluralismo hizo posible la libertad religiosa, que ciertamente no eran las intenciones de Lutero ni las de Calvino (Rawls, 1999: XXIV-XXVI).

Naturalmente, aceptar o rechazar la intervención del Estado en el dominio de las creencias ha dividido a los liberales entre intervencionistas y no intervencionistas. Entre los segundos, como veremos, resaltan los libertarianos con su tesis del Estado mínimo.

Un segundo rasgo pertinente propio del credo liberal, y que puede verse como una influencia del anterior, es el criterio según el cual los derechos y las libertades son fundamentales e inalienables. Reconocer la fundamentalidad de los derechos es reconocer que ellos ocupan un lugar superior jerárquicamente hablando frente a otros valores políticos, y que, como tales, esos derechos no pueden ser sacrificados en aras de otros valores o libertades. Aquí Rawls ocupa un lugar destacado en el dominio del liberalismo moderno al colocar sus dos principios de justicia en el centro del debate sobre la sociedad justa:

> En primer lugar, los dos principios de justicia dicen así: 1. Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos. 2. Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones: primero, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertas a todos en las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades: y, segundo, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (Rawls, 1990: 33).

Donde imperan estos derechos y libertades se estará en una sociedad que ha borrado toda forma de discriminación, reconociéndose sólo las diferencias naturales; en otras palabras, estaremos ante una sociedad cuya estructura básica es la justicia. Pero, cuidado, los libertarianos también reclaman como suyos los efectos de la teoría de los derechos para legitimar su propuesta del

Estado mínimo. El profesor Nozick afirma: "El Estado mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas que tienen derechos individuales, con la dignidad que esto constituye" (Nozick, 1988: 319). Sobre la diferente caracterización de los derechos, volveremos un poco más adelante.

Detengámonos ahora un poco más en la idea libertariana. Insistamos en la tesis de base: se trata de una concepción normativa de la justicia que coloca el derecho de propiedad en el núcleo mismo del constructo argumental; de hecho, su raíz ideológica se encuentra en el principio lockeano, según el cual en términos del profesor Nozick se leería como:

> …los individuos en el estado de naturaleza de Locke se encuentran en "un estado de perfecta libertad para ordenar sus actos y disponer de sus posesiones y personas como juzguen conveniente, dentro de los límites del derecho natural, sin requerir permiso y sin depender de la voluntad de ningún otro". Los límites del derecho natural exigen que "nadie deba dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesión" (Nozick, 1988: 23).

Los libertarianos, en particular los denominados de izquierda, formulan su concepción de la justicia exclusivamente en términos de derechos y se apoyan, a su vez, en un sentido particular de la dignidad del ser humano asumiendo que ésta se refiere a la libertad de decisión sobre la propiedad de uno mismo. En otras palabras: los libertarianos defienden la libertad individual considerando que sólo la interrelación voluntaria entre los individuos y no la coerción estatal pueden servir de fundamento a las relaciones sociales y económicas. Tras esta toma de posición ideológica emerge un claro criterio diferenciador con el liberalismo rawlsiano: se deben aceptar las diferencias, no sólo las naturales, sino las sociales y las económicas; no se debe acallar tal fenómeno social. La caridad, la solidaridad y el libre mercado deben regular la tendencia hacia el mejoramiento de los más desfavorecidos;

esta tesis moral sobre la condición humana y social posee para los libertarianos un enfoque moral superior a la de la mera planificación económica base de la redistribución estatal. Y, con ello se perfila, de nuevo, el modelo de un Estado no interventor, del Estado mínimo al cual ya hemos hecho referencia.

Pero detengámonos un poco más en el aspecto moral del asunto. Consecuentemente, la filosofía libertariana rechaza el relativismo moral argumentando que el principio de la libertad, de la libertad de propiedad sobre sí mismo, es un valor absoluto. Aún más: los libertarianos pugnan por una concepción que va más allá del liberalismo clásico cuando reiteran su credo en la responsabilidad individual, superando con ello cualquier influencia o determinismo histórico o biológico que evite asumir con todo rigor el precio de las acciones voluntarias de los individuos; por ello, la oposición a toda forma de colectivismo se justifica más nítidamente en el libertarianismo que en las otras formas del liberalismo. Afirma el profesor Hayek: "El principio de que el fin justifica los medios se considera en la ética individualista como la negación de toda moral social. En la ética colectivista se convierte en norma suprema" (Hayek, 1958: 184). Y, con ello estamos ante el Estado mínimo de nuevo, estado en el que la burocracia mediadora no debe intervenir frente a la decisión individual.

El Estado mínimo, reiterémoslo, maximizador del contexto de libertad, ofrece, en el credo libertariano, la posibilidad de la plena realización individual apoyando la conciencia de que los individuos, a través del conocimiento y la información, pueden interactuar socialmente sin otro privilegio que el derecho y el deber de respetar la propiedad. No perdamos aquí de vista el hecho de que los libertarianos no aceptan, en principio, la idea de un constitucionalismo racional como el empleado por el profesor Rawls, en tanto que esto supondría que sólo la razón tendría la capacidad de ofrecer y construir la sociedad justa sin recurso alguno a la historia o a las tradiciones. Por el contrario, los libertarianos ven en este enfoque el peligro latente de basarse en una planificación económica y social que se legitimaría en el colectivismo,

que coartaría la libertad individual; de ahí el énfasis del credo libertariano en discutir sobre una sociedad libre antes que sobre una sociedad justa. El principio de la libertad se opondría así al igualitarismo liberal puesto que se ve en este modelo liberal la violación misma de la libertad negativa. De hecho, algunos libertarianos llegan a calificar al modelo de justicia distributiva como un auténtico caballo de Troya del totalitarismo.

III. Interpretación divergente de los derechos y la dignidad del ser humano en términos liberales y en términos libertarianos

Hemos señalado más arriba que la declaración de principios del liberalismo rawlsiano se encarnaba en la cláusula según la cual "cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en su conjunto puede atropellar"; agreguemos ahora el matiz social que se infiere en el marco del liberalismo igualitarista: "sin embargo, nuestro tema es la justicia social. Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social" (Rawls, 1979: 20). Estas dos premisas ofrecidas por el profesor Rawls para fundar su argumentación nos colocan, entonces, frente a la teoría de los derechos modernos y a sus posibles interpretaciones. En principio, las premisas nos ofrecen el criterio liberal amplio según el cual la *legitimidad* del poder político reside en una doble instancia: la teoría de los derechos y la concepción contractualista del Estado. A su vez, emerge en esta toma de posición la doble determinación que se asigna a los derechos marcados por la impronta kantiana: su fundamentalidad y su inalienabilidad. Y justamente aquí nos topamos con un punto de demarcación entre liberalismo y libertarianismo. En efecto, para los primeros la aceptación absoluta de

la inalienabilidad es un rasgo fundamental de los derechos, pues para los libertarianos la pérdida voluntaria y consciente de los mismos es un *supraderecho* fundado en la libertad, que se supone moralmente anterior a cualquier otra consideración, siendo ése el rasgo básico de la teoría de los derechos. Detengámonos un momento en este punto.

Para la tradición rawlsiana, como ya hemos constatado, los derechos poseen la propiedad de ser fundamentales en el sentido de ocupar jerárquicamente un lugar privilegiado en el orden social y no estar sometidos, por ello, al regateo político. Lo que poseen los derechos fundamentales es justamente un *plus* de valor moral, que se encarna en el hecho de ser asumidos no sólo como simples derechos subjetivos, sino a su vez como elementos objetivos determinantes de la legitimidad del poder político (Chinchilla, 1999). Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales no pueden ser infringidos ni por los intereses de la mayoría ni por criterios de eficacia económica, ni tampoco por el deseo de realizar ideales colectivistas. El credo rawlsiano va más allá respaldando la tesis según la cual los límites y restricciones a los derechos sólo pueden aceptarse en términos de protección a otras libertades y derechos básicos. El pensador norteamericano lo señala de modo expreso: "Como lo muestran todos los ejemplos anteriores, la prioridad de la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma" (Rawls, 1979: 230).

Ahora bien, el segundo rasgo ontológico que determina el ser de los derechos y que es aceptado de manera absoluta por los liberales igualitaristas es justamente la *inalienabilidad.* Los liberales kantianos argumentan de la siguiente manera: las personas no poseen derechos por vocación ni por atribución de una instancia de poder. Los derechos hacen parte del *ser* mismo de los hombres, de su humanidad, y están fundados en el criterio de *dignidad* de la persona humana. Esta idea de dignidad no es otra que la ofrecida por Kant en su *Metafísica de las costumbres* (1785). Digamos, para efectos de nuestra reflexión, que la tradición liberal rawlsiana acepta que los derechos no pueden ser alienables porque

no son producto de ningún contrato político ni social, de donde se sigue la tesis kantiana: ni servidumbre ni esclavitud voluntaria. Naturalmente, algunos derechos podrían ser restringidos por razones del ordenamiento legal interno de cada Estado, como en el caso del derecho penal interno estatal. Pero, insistamos: la inalienabilidad de los derechos deriva, para los liberales, del estatuto moral de la persona, o para decirlo en términos kantianos, la característica esencial de la modernidad radica en la *autonomía* moral que nos capacita para la libertad y la responsabilidad. Si se acepta esta argumentación, debe aceptarse entonces la tesis del respeto debido a todos los seres humanos, sin distinción de credo, raza o situación económica o política.

Pero las cosas, en este dominio, no son tan transparentes. En efecto, otras teorías políticas o teorías de la justicia también toman como punto de apoyo la idea de los derechos, pero los evalúan de forma diferente a como lo han hecho los liberales, y dibujan así un mundo social diferente. En efecto, los utilitaristas, para ejemplificar el caso, mantienen una concepción moral fuerte de la condición humana, y por ello la búsqueda de la felicidad o de la justicia puede recurrir a los derechos a condición de asumirlos como herramientas aplicables a la discusión. Los cristianos, a su vez, reclaman la génesis del sentido de la dignidad del ser humano, entendida ésta como un don especial otorgado por la Providencia, y que hace al hombre digno de una consideración especial frente a toda otra criatura de la naturaleza. Los partidarios del historicismo igualmente se reclaman herederos de la teoría de los derechos, pero los postulan como conquistas sociales históricas. Y como si lo anterior fuera poco los libertarianos, a su turno, intervienen afirmando que su concepción de los derechos es la más seria y moralmente la más fuerte.

El argumento más directo de los libertarianos contra los liberales rawlsianos se encarna en la tesis según la cual la idea kantiana de la dignidad responde básicamente a una concepción paternalista de los seres humanos en tanto no atiende la posibilidad de la libre decisión y los acuerdos de competencia y con-

sentimiento de personas informadas y responsables. Observemos que la tesis se centra en la defensa del respeto debido a las decisiones voluntarias incluso, reiterémoslo, si no nos parecen racionales. Aquí nos enfrentamos a una situación compleja: ¿cómo defienden los rawlsianos la idea de derechos básicos? Lo hemos dicho ya: a partir del reconocimiento de la dignidad en sentido kantiano. Pero, y aquí la puesta en cuestión no sólo proviene del horizonte libertariano, sino del comunitarismo y del cristianismo, ¿es la dignidad así entendida un principio metafísico? ¿Una inferencia alcanzada a partir de una *petitio principii*? La respuesta sigue siendo la tesis según la cual racionalmente los liberales no pueden tratar a las personas como *cosas* aunque así lo deseen. Las personas son sujetos con derechos básicos, y ello implica una sociedad determinada.

¿Cómo argumentan, a su vez, los libertarianos su defensa de los derechos? De manera esquemática podríamos describir el asunto en los siguientes términos: los agentes, en principio, son plenamente propietarios de sí mismos. Esto significa que la plena propiedad cobija la idea de propiedad sobre sí como, o de igual manera a como, se es propietario de cualquier objeto. El derecho básico de propiedad implica entonces: a) el derecho de decidir sobre la utilización de lo poseído; b) plena inmunidad frente a demandas de terceros no propietarios; c) un pleno derecho para disponer de un bien plenamente poseído (incluido el cuerpo), y d) un pleno derecho a ser compensado justamente si se ha violado el derecho de propiedad (Vallentyne, 2003: 7). Desde esta perspectiva, se alega que el auténtico respeto por las personas, la dignidad, implica respeto por sus decisiones voluntarias e informadas, incluso si tales decisiones pueden parecer a otros inmorales, excéntricas o irracionales. En este aspecto, todos los libertarianos parecen comulgar con la misma idea no importa si se catalogan como de derecha o de izquierda. En efecto, Hayek, Friedman y Nozick sostienen su defensa a ultranza de los derechos individuales e incluso llegan a acusar a los liberales de no tomarlos en serio al no asumir las consecuencias indeseables de los mismos. Esta

crítica, reiterémoslo, se basa en la tesis según la cual los derechos se identifican con la *self-owenship*, con la autopropiedad del ser humano, y que, a su vez, dado el rol dominante de la libertad induce a la tesis según la cual los derechos pueden ser alienados como cualquier bien material. Consecuente con el esquema libertariano, los individuos no tienen limitaciones para extrañar sus propios derechos. El profesor Nozick lo reconoce explícitamente cuando señala: "Mi posición no paternalista sostiene que alguno puede decidir (o permitir a otro) hacerse a sí mismo cualquier cosa, salvo que haya adquirido la obligación ante cualquier tercero de no hacerlo o no permitirlo" (Nozick, 1988: 67).

Por supuesto, esta tesis conduce a consecuencias inaceptables en el dominio del credo liberal, tales como el derecho al suicidio o el derecho a la esclavitud voluntaria. Aquí se anuda una parte importante de la tensión entre liberales, tanto clásicos como redistribucionalistas, y la concepción libertariana. En efecto, estos últimos alegan que el liberalismo viola los derechos al querer maximizar la utilidad pública, pues estarían utilizando a los individuos en pos de un fin no siempre querido por todos. El problema aquí es que, se supone, no se está respetando la diferenciación moral de los agentes. El fin no puede justificar los medios, y al querer obligar a los individuos a actuar de cierta manera, no siempre querida, se les está violando la dignidad. Los sujetos deben poder ser los que controlen y dispongan de sus derechos. La defensa de las anteriores ideas por parte de los libertarianos se basa, bien visto el asunto, en el presupuesto de la libre contratación. Pero, y esta es la contracrítica liberal, si se tratara de un auténtico contrato, entonces las partes podrían renunciar o demandar la situación determinada. En resumen, los liberales señalan una debilidad propia de la tesis libertaria. Se trata de la utilización lexical ambigua de la idea de contrato libre, y con ello de la débil tesis de la alienación de los derechos. Desde esta perspectiva, podríamos decir que mientras los libertarianos basan su idea de los derechos renunciables en un concepto laxo de contrato libre, los liberales refuerzan su posición reiterando su tesis

según la cual los derechos fundamentales, inalienables, dan sentido a las instituciones sociales de cuño político. Esta divergencia en cuanto al enfoque ontológico sobre los derechos puede muy bien ser complementada con la diversa valoración del sentido de la dignidad por parte de cada una de estas teorías de la justicia.

IV. Entre el reconocimiento, la perplejidad y la esperanza

Hemos descrito los argumentos mediante los cuales tanto los liberales rawlsianos como los libertarianos se declaran partidarios de la *teoría de los derechos* en diversa medida, pero en esencia, asumiéndolos como criterios de legitimidad y legalidad en grados diversos. La diferencia básica, por lo menos la que hemos querido resaltar, se refiere al criterio de inalienabilidad defendido a ultranza por los liberales y defenestrado por los libertarianos. Consideraremos ahora el núcleo central de la teoría de los derechos y sus consecuencias argumentales para cada una de estas teorías.

Cabe aclarar que el concepto *dignidad* del ser humano no recibe una significación unívoca por parte de los diversos enfoques filosóficos que lo utilizan. En efecto, si dejamos de lado la utilización social y honorífica que atraviesa el uso corriente de este concepto, nos encontraremos de inmediato con los tres grandes registros lexicales que subyacen a buena parte de las teorías políticas modernas. En primer lugar, el concepto de origen cristiano, que se ofrece a partir de una explicación teológica de la condición especial de los seres humanos en términos de una *gracia* especialísima proveniente del acto creador de un Dios soberano. Esta concepción colisiona hoy con buena parte del corpus doctrinario de la jurisprudencia neoconstitucional creando aporías y enfrentamientos culturales sorprendentes y en no pocas ocasiones dolorosos. En segundo lugar, nos enfrentamos con el concepto de *dignidad* dominante en el mundo jurídico-político de Occidente: la idea kantiana de una condición especialísima del sujeto humano basada en la aceptación, sin duda problemática,

de la condición racional de los seres humanos. Y, por último, tendríamos que convocar aquí la idea hegeliana de la dignidad como *reconocimiento*, que ha venido ganando el favor de los filósofos, pero que evidentemente no goza de la aceptación política de la tradición de los derechos en clave liberal.

A partir de esta trilogía clasificatoria podemos tratar de contrastar el concepto *dignidad* entre liberales y libertarianos. Comencemos diciendo que el sentido kantiano, que, como hemos dicho, es defendido por el liberalismo rawlsiano, está ligado a lo que somos por naturaleza; es decir, el estatuto de la persona está determinado por la condición racional del ser que deviene autonomía moral. En consecuencia, decir que se hace un grave daño a los seres humanos al violar sus derechos es afirmar justamente que se está hiriendo gravemente su dignidad como condición moral. Desde esta perspectiva, la tradición liberal ha inferido un efecto político de la mayor importancia: sólo es posible la defensa y el reconocimiento de los derechos en el marco constitucional de un Estado de derecho; es decir, en un Estado democrático liberal. El profesor Charles Taylor lo expresa de modo admirable:

> La gran aceptación de que ha gozado esta idea del agente humano, básicamente como un supuesto de elección autodeterminante o autoexpresiva, ayuda a explicar por qué es tan poderoso este modelo de liberalismo. Pero también debemos considerar que lo han invocado con gran vigor e inteligencia los pensadores liberales de Estados Unidos, y que lo han hecho precisamente en el marco de las doctrinas constitucionales de la revisión jurídica (Taylor, 1993: 86).

Y aquí el argumento de los liberales rawlsianos concluye en consecuencia, o lo reiteran si se quiere, que mantienen una supremacía moral al inferir que la sociedad igualitaria y redistributiva es el modelo de sociedad donde los ciudadanos podrían ser justos políticamente. El profesor Rawls lo señala explícitamente cuando afirma: “Podemos decir, si queremos, que los hombres tienen la misma dignidad, afirmando con ello simplemente que todos

satisfacen las condiciones de la personalidad moral expresadas en la interpretación de la situación contractual inicial" (Rawls, 1979: 303). Pero, como es sabido, la tesis del profesor Rawls dio un giro hacia la pura política en medio de un debate fuerte con el profesor Habermas, y por ello desembocó en una posición querida y alabada por los antiesencialistas y los historicistas, cuando consignó en su argumentación:

> En el liberalismo político, la autonomía es entendida como política y no como autonomía moral. Esta última es una mucho más amplia idea que pertenece a las doctrinas comprehensivas del tipo asociado con Kant y Mill. La autonomía política se concreta en términos de varias instituciones y prácticas políticas, así como se expresa también en ciertas virtudes políticas de ciudadanos en su pensamiento y en su conducta, sus discusiones, sus deliberaciones y sus decisiones; al llevar adelante un régimen constitucional. Ello basta para el liberalismo político (Habermas & Rawls, 1998: 106).

En este punto de inflexión del pensamiento rawlsiano, el lector no puede menos que sorprenderse frente a todo el constructo argumentativo. En efecto, si la propuesta consistía en defender derechos inalienables y un sentido kantiano de la dignidad del ser humano, no resulta fácil ver ahora cómo se puede mantener tal propuesta en términos de un puro enfoque político sin base filosófica o moral. Esta perspectiva cambiante del discurso liberal rawlsiano resulta como mínimo paradójica. A su vez, veremos intervenir a los libertarianos que claman por un reconocimiento especial en su tesis, ya que ellos afirman su fidelidad a la idea de los derechos y a la defensa del enfoque moral sobre la política. Pero aquí también las interpretaciones están a la orden del día.

En efecto, los libertarianos en general comulgan con la idea según la cual la dignidad no tiene relación directa con el *ser,* sino con el *padecer*, con el ser afectado. En otras palabras, los seres humanos sólo debemos acatar un principio fundante: el ejercicio de la libertad y reconocer así el principio lockeano de ejercer el derecho de disponer de nuestro propio cuerpo y —con ello— de

respetar absolutamente el principio de la libertad de decisión. Desde esta perspectiva, los libertarianos se distancian entre sí, pues algunos —los de izquierda— prefieren atemperar la clausula lockeana y se colocan muy cerca de la idea inicial del liberalismo rawlsiano; los otros —los de derecha— tienden a extremar la argumentación y no tienen mayor problema en aceptar una idea menguada, limitada, de los derechos. Por ello, los libertarianos —sin excepción— hacen suyas las palabras de Rothbard Murray, uno de sus máximos representantes, cuando señala: "En sintesis, la clave de la teoría libertariana es que no concede excepción alguna al gobierno en su ética universal. Por tanto, lejos de ser indiferentes u hostiles a los principios morales, los libertarianos los consuman siendo el único grupo dispuesto a extender sus principios por todo el espectro hasta el gobierno mismo" (Murray, 2012).

Si la teoría redistribucionista rawlsiana basada en la teoría de los derechos nos conduce al reconocimiento de un esfuerzo conceptual extraordinario, para ofrecer los criterios de una sociedad liberal bien organizada y su transformación de la base moral, la dignidad, nos ha colocado frente a la paradoja, ahora frente a la utopía libertariana nos vemos compelidos a la perplejidad. En efecto, las tesis libertarianas de estirpe antiestatista y antiautoritarias nos conducen a una disolución radical del interés por el Estado y a un desplazamiento de la argumentación hacia la condición humana. Pero, por supuesto, si damos por cumplido este proyecto libertariano caeremos de nuevo en la perplejidad teórica, pues habremos vuelto a una posición antipolítica. Hemos de hacer notar, sin embargo, que la utopía libertariana, a diferencia de la utopía marxista, no niega solamente la política como un fin, sino también como un medio. No se trata de la toma del poder para transformar la situación de las relaciones humanas. La doctrina libertariana debe ser coherente con sus presupuestos, y por ello toda forma de poder político deviene a sus ojos una forma inadmisible de coerción que amenaza al individuo a través del Estado. Los libertarianos deben reconocer que sus tesis los con-

ducen a no reconocer ninguna forma de poder estatal, lo cual, reiterémoslo, los coloca en una perplejidad teórica: ¿cómo pasar de la utopía a la realidad? ¿Qué estrategias utilizar para lograr la justicia social? He aquí su propia contradicción.

Detengámonos ahora y echemos una mirada sobre lo expuesto. Este ejercicio conceptual ha estado caracterizado ciertamente por una actitud más pedagógica que por un espíritu de ensayismo militante. La mirada ha planeado sobre lo que podríamos denominar la *insatisfacción* del corpus liberal teórico. En efecto, si somos serios tendríamos que reconocer que la herencia rawlsiana hace parte de una discusión familiar entre liberales por principio. Nuestro interés se ha centrado en señalar que una rama de esa familia ideológica seguiría abierta a la reflexión sobre la condición humana en tanto que las otras dos se habrían contentado con dar, muy inteligentemente, buenas razones para legitimar el orden liberal tradicional. Hemos señalado también que las tensiones lexicales se ofrecen tan pronto se asumen conceptos como derechos y dignidad diferentes en sentido. Sin duda, mi simpatía intelectual se dirige hacia la actitud libertariana porque —dejando de lado su tremendismo conceptual— replantea lo que el profesor Hayek denominó de manera premonitoria la pérdida de la utopía liberal. Esta opción intelectual se basa específicamente en considerar que el liberalismo rawlsiano abandonó lo que para la tradición podríamos denominar la *antropología liberal*; es decir, la consideración del ser humano como un actor racional abstracto, dejando de lado sus virtudes y pasiones: ni pesimismo, ni solidaridad, ni prejuicios, y mucho menos criterios morales.

Las palabras finales son, sin embargo, de esperanza. La esperanza de que tomando pie en la obra de pensadores rigurosos, como el profesor Rawls, podamos seguir investigando la posible utopía tanto del liberalismo como de los seres humanos. Quizá retomando sin demasiados prejuicios la discusión entre moral y poder podamos dirigir nuestros esfuerzos hacia la condición humana y no solamente hacia la forma de un Estado bien organizado que nos dará un sentido —y sólo uno— de lo que podríamos entender por justicia de los seres humanos.

V. Bibliografía

Chinchilla, T. E. (1999), *Qué son y qué no son los derechos fundamentales*, Medellín, Temis.

Habermas, J., & Rawls, J. (1998), *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós.

Hayek, F. A. (1949), "The Intellectuals and Socialism", *The University of Chicago Law* Review, 16 (3).

Hayek, F. A. (1958), *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza.

Murray, R. (2012), Seis mitos sobre el libertarianismo, recuperado el 10 de 2012, de *http://cartasliberales.blogspot.com/2012/01/seis-mitos-sobre-el-libertarianismo.html*

Nozick, R. (1988), *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (1979), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

——— (1990), *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós.

——— (1999), *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica.

Taylor, C. (1993), *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica.

Vallentyne, P. (2003), "Libertarisme, propriété de soi et homicide consensuel", *Revue Philosophique de Louvain* (11).

RELIGIÓN, AGNOSTICISMO Y LIBERALISMO*

Iván GARZÓN VALLEJO**

No hay, ni es necesario que haya, guerra entre la religión y la democracia. A este respecto, el liberalismo político es radicalmente diferente del liberalismo de la ilustración, que históricamente atacó a la cristiandad tradicional.

John RAWLS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rawls, creyente y liberal.* III. *Rawls, agnóstico y liberal.* IV. *¿Dos Rawls?* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La publicación en los últimos años[1] de dos textos que al parecer su autor nunca quiso publicar, esto es, *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe*, su tesis de licenciatura de filosofía, así como el breve texto *Sobre mi religión*, encontrado en 2002 entre sus documentos, han contribuido a poner de relieve el lugar de la religión en la obra de John Rawls, un tema que no ha recibido una atención ni siquiera semejante a los conceptos de justicia, igualdad, liberalismo, derecho, democracia, razón pública y pluralismo.

* Agradezco a los profesores Andrés Jiménez Ángel y Diego Cediel sus comentarios al texto.

** Universidad de La Sabana

[1] 2009, edición inglesa; 2010, edición española.

La tesis de licenciatura parece haber respondido a las inquietudes de una época de su vida y su pensamiento superadas años después con sus obras de madurez. Entre los dos trabajos, ciertamente, *Sobre mi religión* es el más significativo, al punto que puede considerarse un texto revelador. Escrito de modo personal unos años antes de su fallecimiento y, al parecer, por solicitud de sus amigos y familiares, se trata básicamente de una corta biografía sobre el papel de la religión en su vida. Allí describe las razones que lo llevaron a pasar de ser un ferviente creyente evangélico a un filósofo escéptico y agnóstico. Este tránsito habría sido suscitado por su dramática experiencia personal en la guerra del Pacífico.

Teniendo en cuenta los interrogantes que estos textos han abierto sobre la obra de Rawls, voy a poner a prueba la hipótesis según la cual la tensión entre religión y agnosticismo que está presente en su vida personal también aparece en su obra teórico-política, y que su concepción del liberalismo es el lugar en el que dicha tensión se grafica mejor. Esta tensión se expresa en que algunos pasajes de su obra evidencian un liberalismo secularista u hostil a la religión, mientras otros suscriben una versión secular del liberalismo; esto es, dispuesta a que la religión encuentre un lugar.

Para llevar a cabo este cometido me centraré en algunos pasajes de su vida y obra, estableciendo una correspondencia entre su religiosidad y los planteamientos teóricos afines (primera parte), y entre su agnosticismo personal y sus posturas teórico-políticas (segunda parte).[2] Luego de ello plantearé la siguiente tesis: más que "dos Rawls", estamos ante una tensión biográfica y bibliográfica entre la religión y el agnosticismo, que pone de relieve el problema religioso en las lecturas del filósofo de Harvard.

2 El trabajo de Rojas Molina (2010: 249-280) tiene un objetivo análogo, y se ocupa de identificar paralelismos y discontinuidades.

II. Rawls, creyente y liberal

Nacido en el seno de una familia religiosa tradicional, Rawls cuenta que fue un cristiano episcopaliano ortodoxo hasta 1945, cuando tenía 24 años. Ciertamente, su época como estudiante en Princeton estuvo caracterizada por su fe, al punto que su tesis de licenciatura en filosofía parece más una monografía teológica sobre el pecado y la fe que una disertación meramente filosófica. Esta orientación intelectual obedeció a la influencia que el profesor Norman Malcolm ejerció sobre él en un curso sobre el tema del mal humano, en el que abordó lecturas de Platón, San Agustín, el arzobispo Butler, Reinhold Niebuhr y Philip Leon (Pogge, 2010: 22).

Su concepción de la religiosidad era profundamente personal, estrictamente protestante. “Mi religión sólo me incumbe a mí”: así comienza *Sobre mi religión*. En dicha concepción había una fuerte carga de fideísmo, por eso no extraña que en su tesis de licenciatura pusiera a la religión contra la filosofía: “cuanto antes dejemos de mostrar respeto a Platón y Aristóteles, mejor. Vale más un gramo de la Biblia que una libra (o una tonelada) de Aristóteles” (Rawls, 2010: 125-126). No obstante, este fideísmo se reveló a todas luces insuficiente en su proceso de búsqueda intelectual, pues no le ofreció respuestas racionalmente satisfactorias cuando se interrogó sobre la predestinación, el voluntarismo divino, el cielo, el infierno y la salvación.

La religiosidad del joven Rawls lo llevó a escribir su tesis sobre cuestiones teológicas en una época de auge de la neoortodoxia o *teología de la crisis*, la cual abogaba por una base bíblica que a su vez rechazara el fundamentalismo de una lectura literal de la Escritura (Adams, 2010: 39 y 40). Esta religiosidad explica que haya considerado seriamente la posibilidad de estudiar para el sacerdocio en el Seminario Teológico de Virginia (Pogge, 2010: 23). Sin embargo, es de suponer que al perder la fe en 1945 se desvaneció también dicho propósito.

Varios lectores de la obra de Rawls coinciden en destacar el vínculo entre su fe religiosa y su liberalismo. Desde una perspec-

tiva biográfica, Joshua Cohen y Thomas Nagel señalan que "un temperamento profundamente religioso dio forma a su vida y a sus escritos, con independencia de cuáles fueran sus creencias concretas" (Cohen & Nagel 2010: 15). Al mismo tiempo hacen notar que, contrariamente a la mayoría de los liberales, Rawls no procedía de una cultura laica, y por ello su liberalismo se funda en una profunda comprensión de la importancia de la fe religiosa (Rawls, 2010: 16 y 32), tanto por su importancia en la vida humana como en el papel de la misma en los crímenes históricos cometidos en su nombre (Nagel, 2003: 27).

De este modo, el liberalismo político rawlsiano se enmarca en la discusión sobre el papel del dogmatismo religioso y sus demandas en la sociedad norteamericana (Barry, 1995: 904), y aquél fue estimulado por las importantes discusiones morales y filosóficas que tuvieron lugar en Estados Unidos en las últimas décadas del siglo XX, a propósito de la Guerra de Vietnam, las acciones legales afirmativas, los alcances de la libertad sexual y la despenalización del aborto (Nagel, 2003: 34). De ahí que Jürgen Habermas destacara que "a Rawls le corresponde el mérito del enorme servicio de haber reflexionado con anticipación acerca del papel político de la religión" (Habermas, 2006: 155).

Entre tanto, Thomas Pogge señala que en *Liberalismo político* Rawls "se refiere de modo destacado a la relación entre religión y democracia, así como a las condiciones para que sean compatibles" (Pogge, 2010: 40). Sobre la misma obra, Rodríguez Zepeda advierte que en ésta Rawls parece más interesado en ofrecer una respuesta a los problemas instalados en el espacio público norteamericano en la década de los ochenta, suscitado por la beligerancia política de numerosas agrupaciones religiosas y por el giro conservador en los debates sobre la moralidad pública, así como los criterios de decencia socialmente pertinentes, que por fortalecer su propuesta inicial de justicia distributiva. Por consiguiente, la recuperación de una idea de tolerancia acuñada en el marco de los conflictos religiosos tiene el sentido político de dotar su discurso moral con recursos para dirimir el conflicto origina-

do por las pretensiones de algunas visiones morales y religiosas de prevalecer en el espacio público norteamericano (Rodríguez Zepeda, 2003: 79).

El propio Rawls identifica la cuestión filosófica de la que se ocupa su obra en estos términos: "¿cómo es posible que aquellos que afirman una doctrina basada en una autoridad religiosa, por ejemplo, la Iglesia o la Biblia, sostengan también una concepción política razonable que apoye a un régimen democrático justo?". Más aún, "¿cómo pueden los ciudadanos de la fe ser miembros de corazón de una sociedad democrática, aprobar una estructura institucional que satisfaga una concepción política, liberal, de la justicia, con sus ideales y valores políticos intrínsecos, y que esta aceptación no sea mero acompañamiento a la vista de la correlación de fuerzas políticas y sociales?" (Rawls, 2004a: 94).

Las doctrinas religiosas hacen parte del pluralismo razonable de la sociedad. En consideración a su razonabilidad, entendida como la no pretensión de imponerse a los demás, pueden hacer parte del consenso entrecruzado sobre las cuestiones de justicia. Es llamativo que el ejemplo perfecto de consenso entrecruzado sea el apoyo a la concepción de la justicia de una doctrina religiosa; esto es, una versión progresista del islam.[3]

El liberalismo rawlsiano no sólo reconoce la intervención legítima de las doctrinas religiosas en las cuestiones de justicia, sino que además se muestra abierto a las mismas. Ello se evidencia en el debate político sobre el aborto. Aunque los argumentos en

3 En su libro *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Abdullahi Ahmed An-Na'im escribe: "El Corán no menciona el constitucionalismo pero el pensamiento racional y la experiencia han demostrado que el constitucionalismo es necesario para realizar la sociedad justa y buena prescrita por el Corán. Una justificación y una sustentación islámicas del constitucionalismo son importantes y relevantes para los musulmanes. Los no musulmanes pueden tener su propia justificación secular u otra. En la medida en que todos estemos de acuerdo en los principios y preceptos del constitucionalismo, incluida la completa igualdad y la no discriminación en asuntos de género y religión, cada uno puede tener sus propias razones para participar en tal acuerdo". *Cfr.* Rawls, 2001: 175, nota 4.

contra de la liberalización del aborto no son únicamente religiosos, Rawls se dirige específicamente a los católicos como el sector de la sociedad que se opone a dicha decisión.[4] Al respecto, nuestro autor suscribe una doctrina mediante la cual los creyentes podrían hacer compatibles sus creencias religiosas con la concepción política de la justicia como equidad. Por ello, además de advertir que si el aborto es considerado como un derecho, los católicos no estarían obligados a practicarlo, al mismo tiempo propone que cuando su postura no haya tenido un apoyo mayoritario en una decisión judicial institucional (Rawls, 2001: 194 y 195) —como *Roe v. Wade*—,[5] éstos pueden continuar su debate sobre el tema.

La mayor muestra de la apertura del liberalismo rawlsiano a las creencias religiosas reside en los conceptos de *estipulación* y *deber público de civilidad*. Ambos conceptos se refieren a la capacidad de los creyentes de hacerse entender por quienes no comparten su cosmovisión, presentando su doctrina en forma de valores políticos (Rawls, 2001: 169 y 177). Este concepto guarda profundas coincidencias con la *traducción* que Habermas le propone a los creyentes[6] como forma de entendimiento con los agnósticos en el seno de una sociedad postsecular y postmetafísica.

Se trata de la mayor muestra de apertura porque supone *empatía* con los creyentes, un esfuerzo por "tratar de entrar en sus ropas", y entender qué es lo que quieren dadas las condiciones en que viven, su carácter y su perspectiva de las cosas (Berlin, 2010: 47), especialmente la dificultad que puede significarles el querer hacer un aporte a la deliberación democrática, pero, al mismo tiempo, constatar que la gramática de la tradición liberal predominante no siempre favorece dicha intervención, o incluso

---

4 Los grupos *provida* suelen congregar a creyentes y no creyentes.

5 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas; Sentencia T-585 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

6 *Cfr.* Habermas, 2009: 79; "La voz pública de la religión. Respuesta a las tesis de Paolo Flores d' Arcais", 2008: 5 y 6; 2001: 99; 2006: 140 y 147. Una exposición del planteamiento habermasiano sobre este aspecto puede leerse en Garzón, 2014: 99-183 y Beltrán, 2008: 51.

es hostil a la misma en la forma del laicismo o de un secularismo arrogante (Nussbaum, 2009: 22).

Rawls logra esta empatía con el concepto de estipulación, pues marca el derrotero mediante el cual los creyentes pueden intervenir en la discusión democrática de una sociedad liberal con la esperanza de ser escuchados y satisfacer la pretensión de visibilidad de sus convicciones morales y religiosas. Que la estipulación sea un concepto dirigido específicamente a los creyentes lo demuestra el hecho de que para ilustrarlo toma como ejemplo el pasaje bíblico del buen samaritano (Lucas, 10: 29-37), y se pregunta: "¿Los valores en cuestión son políticos o simplemente religiosos o filosóficos?". A lo que responde: "Mientras la visión amplia de la cultura política pública nos permite introducir la parábola evangélica para hacer una propuesta, la razón pública nos exige justificarla en términos de valores políticos propiamente dichos" (Rawls, 2001: 170).

De esta forma, Rawls supera un aspecto puntual del laicismo liberal que pretende recluir las convicciones filosóficas, éticas y religiosas al ámbito estrictamente privado e individual, pretendiendo, por el contrario, que el liberalismo político sea compatible con la ortodoxia religiosa (Nagel, 2005: 234) y le halle un lugar. Así quedan trazadas las coordenadas de un liberalismo secular, mas no secularista, en el que toda la realidad puede ser mirada *sub specie aeternitatis*; esto es, desde un cielo secular desde el que quedan contempladas todas las doctrinas individuales que, al mismo tiempo, apoyan una visión general de la justicia (Rawls, 1995: 587).

En la religiosidad de Rawls sobresale una figura histórica de la política norteamericana. Se trata de Abraham Lincoln, quien no sólo tuvo relevancia durante su etapa juvenil como creyente, sino durante toda su vida: un retrato del presidente americano adornaba su despacho en Harvard y, según Nagel (2003: 26), era uno de sus *héroes* (junto a Immanuel Kant). En su obra, Lincoln no sólo aparece como un destacado líder político, sino además como el ejemplo de que la religión y la política pueden coexis-

tir armónicamente sin confundirse. Así por ejemplo, después de 1945, en la época de su crisis religiosa, Rawls pone en duda el valor de la oración, y se pregunta:

> ¿Cómo podía orar y pedirle a Dios que me ayudara a mí o a mi familia o a mi país, o a cualquier otra cosa que me importara, cuando Dios no había salvado millones de judíos de las garras de Hitler? Cuando Lincoln interpretó la guerra civil como un castigo de Dios por el pecado cometido con la esclavitud, un castigo que tanto el Sur como el Norte se merecían, se reconocía a Dios actuando con justicia. Pero el Holocausto no se puede interpretar del mismo modo (Rawls, 2010: 287).

Más sugerente es su mención de Lincoln al abordar el problema de la razón pública. Allí alude específicamente a la proclamación del presidente norteamericano de un Día de Ayuno Nacional (1861) y de Días de Acción de Gracias (1863 y 1864), y sobre ellas advierte que no violan la idea de la razón pública, puesto que lo que Lincoln dijo en tales proclamaciones no tuvo implicaciones que afecten los elementos constitucionales esenciales ni las materias de justicia básica. Pero además, cualquiera que hubieran sido las implicaciones de las mismas, habrían sido apoyadas firmemente por los valores de la razón pública de aquel tiempo (Rawls, 2006: 240).

De este modo, Lincoln queda absuelto de cualquier violación o desconocimiento de la razón pública en la convocatoria de estos días cargados de un contenido religioso. De lo cual se concluye que, según Rawls, un líder político puede legítimamente otorgarle una connotación religiosa a sus actos públicos sin comprometer con ello las bases seculares del Estado.

III. Rawls, agnóstico y liberal

El año 1945 marcó un punto de inflexión en la vida de Rawls, pues en junio de ese año pierde la fe. La decisión fue motivada por tres acontecimientos. El primero ocurrió en diciembre de 1944,

cuando en la sierra de Kilei un pastor protestante "pronunció un breve sermón en el que dijo que Dios guiaba nuestras balas hasta los japoneses al tiempo que nos protegía de las que ellos nos disparaban. No se por qué esto me hizo enojar tanto… la doctrina cristiana no debía utilizarse para eso" (Pogge, 2010: 25).

El segundo motivo fue la muerte de un diácono amigo suyo en el campo de batalla, marcada por el azar, pues fue él quien pudo haber estado en su lugar, toda vez que el coronel pidió dos voluntarios, uno para acompañarlo a verificar las posiciones de los japoneses, y el otro para donar sangre a un soldado herido. Como Rawls tenía un tipo de sangre compatible, hizo lo segundo. Su amigo diácono y el oficial recibieron inesperadamente ciento cincuenta obuses de mortero y, aunque saltaron a una trinchera, cayeron muertos al instante cuando un proyectil fue a dar en el mismo lugar. El tercer hecho fue el Holocausto, del que se enteró precisamente por aquellos días que estaba al servicio del ejército, pues a medida que los soldados norteamericanos llegaron a los campos de concentración, se supo lo que allí ocurrió. El Holocausto le produjo a Rawls una profunda inquietud, porque no podía entender cómo la voluntad de Dios estaba en contradicción con las más elementales ideas de justicia (Pogge, 2010: 25 y 26).

Él mismo cuenta que estos tres hechos le hicieron perder la fe. Y desde este año comienza un periodo de su vida caracterizado por una actitud escéptica y agnóstica que lo acompañaría hasta su muerte en noviembre de 2002. Esta forma de ver las cosas la expresó en varios aspectos de su teoría política y jurídica. Su interpretación de la historia de la tolerancia moderna, y su prejuicio antimetafísico y antiperfeccionista son algunas claves de su perspectiva liberal secularista.

La lectura rawlsiana de la historia moderna y, específicamente, de la consolidación de la idea de tolerancia en Occidente se apoya en una profunda crítica a la Iglesia católica. Según Rawls, la Iglesia utilizó la cercanía al poder estatal para reprimir a los herejes e imponer la religión. Éste ha sido su mayor anatema

desde Ireneo y Tertuliano, y va más allá: "el celo persecutorio ha sido la gran maldición de la religión cristiana. Fue compartido por Lutero, Calvino y los reformadores protestantes, y no ha sufrido cambio significativo alguno en el Concilio Ecuménico Vaticano II de la Iglesia católica" (Rawls, 2001: 191).

Esta actitud intolerante no habría sido exclusiva de la institución eclesial y de los reformadores protestantes, sino también de los intelectuales católicos. Según Rawls, Santo Tomás de Aquino justificó la pena de muerte para los herejes basándose en que era mucho más grave corromper la fe, que es la vida del alma, que falsificar monedas. A pesar de su conocimiento teológico de juventud, Rawls arguye erróneamente que el fundamento de estas verdades —la fe es la vida del alma y la herejía es necesaria para la salvación de las almas—, son dogmas de la Iglesia. Por eso concluye —algo igualmente equivocado— que los fundamentos de la intolerancia tomasiana "eran en sí mismos cuestión de fe" (Rawls, 2004: 205 y 206). En su tesis de licenciatura exhibió una actitud más radical hacia el catolicismo, pues consideraba a la Iglesia católica —junto con los nazis y los marxistas— en el elenco de grupos cerrados que están destruyendo la civilización (Rawls, 2010: 218).

La emancipación del poder de la Iglesia habría permitido que en Occidente se abriera paso un *modus vivendi* de tolerancia, en un contexto posterior a la Reforma, en el que las concepciones de los católicos y los protestantes sobre el bien salvífico entraron en conflicto. Este conflicto moral sólo es moderado por las circunstancias históricas, el agotamiento, o la concesión de iguales libertades de conciencia y pensamiento (Rawls, 2004a: 95).

El consenso entrecruzado en torno a la justicia es heredero de la evolución de la tolerancia moderna, pero, al mismo tiempo, la supera. Por eso su teoría de la justicia es una respuesta al problema de cómo se puede alcanzar la legitimidad política a pesar del conflicto religioso, y cómo puede haber una justificación política entre ciudadanos de distintas confesiones religiosas, sin basarse en ninguna de ellas en particular (Cohen & Nagel, 2010:

16). Por la misma razón, los principios de justicia elegidos en la posición original constituyen un "pacto de reconciliación entre las diversas religiones, creencias morales y formas de culturas" (Rawls, 2004b: 210).

De la tolerancia entendida como *modus vivendi* o compromiso entre los antagonistas se dio el salto histórico al consenso constitucional —siglo XVIII hasta el siglo XX—, que recae sobre los principios constitucionales que garantizan un elenco de libertades individuales, y que fueron incluidos en la Declaración de Independencia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa (Rawls, 2004a: 105); es decir, se trata de la época de "la *constitucionalización* de todos los principios políticos de la justicia" (Rodríguez Zepeda, 1999: 80).

Una tercera fase de dicho proceso fue la del consenso entrecruzado, un estadio ideal al que apunta el liberalismo rawlsiano, y que se caracteriza por dos elementos: a) se apoya en un consenso entre las diversas doctrinas comprensivas razonables, ya sean morales, filosóficas o religiosas, y su presupuesto y consecuencia es el pluralismo razonable; b) su contenido es la justicia como imparcialidad o equidad, y no suministra una doctrina específica, metafísica o epistemológica más allá de lo que está implicado en la concepción política misma (Rawls, 2006: 146).

En síntesis, Rawls suscribe la tesis según la cual históricamente el liberalismo se afirmó en abierta oposición al cristianismo. Se trata de una lectura secularista, que concibe la modernidad como un proceso unívoco de progreso protagonizado únicamente por una perspectiva de *ruptura* con la tradición clásica y medieval. Esta lectura de la modernidad, cuyas raíces se remontan a la Ilustración, es simplista y adolece de matices, pues pasa por alto que en la modernidad subsistieron paralelamente dos procesos diferentes y convergentes: un proceso ideológico de ruptura con la tradición antigua y medieval, pero a la vez, un proceso de desclericalización de la sociedad y de fortalecimiento de la autonomía de lo secular. El cristianismo, como *forma mentis* estructuradora de la cultura occidental, no fue ajeno a este pro-

ceso, y una muestra teórica de ello son los documentos del Concilio Vaticano II.

Esta lectura secularista se dirige contra el catolicismo y ciertas expresiones protestantes por igual. Por ello, así como Rawls enfila sus baterías en contra de la relación entre el Trono y el Altar, emplea igual procedimiento en contra del carácter individualista del cristianismo evangélico. Dicho individualismo se centra en la idea de que la salvación es individual, mientras que en su obra juvenil había planteado que la misma sólo se obtiene comunitariamente. Esta idea de comunidad será trascendental en su versión teórica posterior, toda vez que su pretensión es formular un liberalismo igualitario.

En la medida en que el consenso entrecruzado pretende superar la tolerancia moderna, y que su liberalismo es una propuesta para resolver la división moral, filosófica y religiosa, Rawls puede definirse como *El nuevo Locke*. Sin embargo, su versión de la tolerancia y el pluralismo razonable le formulan no pocos dilemas a la intervención de las creencias religiosas en la razón pública (Garzón, 2014: 73-97).

Varios aspectos de su liberalismo desdicen de una visión cortés con la religión, y por el contrario, ponen de presente una visión unilateral y agnóstica de los problemas políticos. O, simplemente, contradictoria.[7] El meollo de dicha postura está en la separación entre la moral y la política, en el entendido de que aquélla es personal y ésta social. El contraste con su visión religiosa temprana plasmada en la tesis de licenciatura no puede ser mayor, toda vez que en ésta insistía en que el problema religioso es de carácter comunitario, y que no podía haber separación entre ética y religión (Cohen & Nagel, 2010: 130 y 131).

En este marco, el liberalismo rawlsiano le pide a los creyentes una suerte de autocensura, pues éstos no deben votar ni in-

7 Rawls advierte que los principios de justicia definen un camino entre el dogmatismo y la intolerancia, por un lado; y un reduccionismo que considera la religión y la moralidad como meras preferencias entre otras, por otro (Rawls, 1995: 243).

tervenir en los ámbitos políticos institucionales basados única o principalmente en razones religiosas, morales o filosóficas. Dicha postura es inaceptable aun para liberales como Ronald Dworkin, para quien Rawls nos pide que en la política "anestesiemos nuestras convicciones más profundas y potentes acerca de la fe religiosa, de la virtud moral, y de cómo vivir"; es decir, que prescindamos de nuestras convicciones éticas al ir a votar o al discutir acerca de los asuntos políticos. Sin embargo, tales convicciones constituyen precisamente la mayor parte de la vida de todos los días, y la política es parte de la vida. "¿Por qué, entonces, no deberíamos votar por políticos y funcionarios cuyas políticas y cuyas promesas fueran de especial ayuda para aquellos que más nos interesan y preocupan?" (Dworkin, 1993: 56, 57 y 63). Para muchos ciudadanos las convicciones religiosas son al mismo tiempo principios políticos. Por consiguiente, no aceptan que la observancia privada sea un sustituto válido del compromiso religioso público, pues "quieren honrar a su dios no sólo como celebrantes privados, sino también como ciudadanos" (Dworkin, 2008: 88).

Dworkin define al liberalismo rawlsiano como un *liberalismo de la discontinuidad*, toda vez que, al modo de un contrato comercial, pretende superar las diferencias éticas de los intervinientes. Aunque Rawls pide un escepticismo doctrinal de cara a los elementos constitucionales y los elementos básicos de justicia, ignora que el escepticismo no tiene lugar en la vida cotidiana, pues desde el punto de vista interno nadie es escéptico y todos poseemos creencias más o menos firmes acerca de lo que debemos ser y hacer, que orientan nuestra vida (Peña González, 2008: 49). Entre dichas convicciones están las creencias religiosas, las cuales no se podrían renunciar o esconder, toda vez que no las suscribimos —como sostiene Rawls—, sino que, desde una perspectiva orteguiana, *estamos en ellas*, puesto que son *el continente de nuestra vida* (Ortega y Gasset, 1959: 3-10).

Jeremy Waldron, por su parte, objeta que la política deliberativa de Rawls es posible sólo si imaginamos que las cuestiones procedimentales y las cuestiones sustantivas son separables (Wal-

dron, 2005: 190). En otras palabras, el impedimento a que los ciudadanos manifiesten en la esfera pública todo lo que la libertad de expresión les permite expresar como miembros de asociaciones o comunidades no públicas hace de su autonomía política un ejercicio de lo que McCarthy ha llamado "auto-abnegación" (McCarthy, 1994: 52).

Leif Wenar también ha impugnado la pretensión rawlsiana de eludir los problemas relativos a las cuestiones religiosas en el debate político, toda vez que "la razón pública puede dar a los ciudadanos razones para apelar a *sólo una parte de lo que ellos creen*, pero no puede dar a los ciudadanos razones para profesar creencias que contradigan sus doctrinas comprehensivas" (Wenar, 1995: 56).[8] Según Wenar, la concepción rawlsiana estaría pidiendo a los creyentes de estas religiones que actuaran de manera "hipócrita", pues los conminaría a sostener moralmente una concepción política desde sus propios principios y valores comprehensivos, pero les prohibiría "hablar" de ellos en el foro político. Esta autonomía de la argumentación política podría poner en juego la estabilidad de sus creencias si no fuera posible sostenerlas con argumentos meramente religiosos (Rodríguez Zepeda, 2003: 174).

Frente a este dilema del liberalismo rawlsiano, Rodríguez Zepeda sostiene que la alternativa para las doctrinas religiosas oscila entre la hipocresía y la esquizofrenia, puesto que muchas doctrinas comprehensivas razonables se verían obligadas a argumentar en el dominio político mediante el lenguaje liberal de los derechos, el cual ha sido construido históricamente a contracorriente de su racionalidad y sus intenciones morales y políticas.[9]

8 El destacado en cursivas es mío.

9 Ello no sería aplicable al catolicismo si se tiene en cuenta lo señalado en la Constitución *Gaudium et Spes*, y en la Declaración *Dignitatis Humanae* del Concilio Vaticano II, entre otros documentos oficiales, así como el Discurso de Benedicto XVI a los Cardenales, Arzobispos y Obispos y prelados superiores de la Curia Romana el 22 de diciembre de 2005. Disponible en *http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2005/december/documents/hf_ben_xvi_spe_20051222_roman-curia_sp.html* (Consultado el 5/4/2010).

El problema no consiste en que Rawls pretenda que las visiones religiosas acepten los valores y principios de una concepción política, sino que pretenda que deban creer que ésta es la única o la mejor manera de pronunciarse en el foro político.

Aun cuando las comparaciones son odiosas, conviene traer a colación, a efectos de ilustrar la cuestión, a Jürgen Habermas, quien a pesar de su agnosticismo público reconoce la legitimidad de la intervención pública de las personas que ni quieren ni son capaces de desdoblar sus convicciones morales en dos partes, una profana y otra sagrada, y por ello pueden participar *incluso con un lenguaje religioso* (Habermas, 2009: 80).[10] Por lo demás, ello le exigiría a los agnósticos su apertura mental al posible contenido de verdad de las contribuciones religiosas (Habermas, 2008a: 14).

IV. ¿Dos Rawls?

En sus últimos escritos, Rawls abogó por una concepción más amplia del liberalismo, representada en un mayor énfasis en el pluralismo y en la ampliación de la razón pública. Este empeño estaba inspirado en la convicción de que su versión del liberalismo podría exigir fidelidad a los individualistas seculares (Nagel, 2005: 236) y a los creyentes. Sin embargo, no puso en duda que la estipulación no fuera una alternativa posible para aquellos ciudadanos como los *creyentes comunes* que únicamente tenían una forma de lenguaje —moral, antropológico, metafísico, o religioso— para intervenir en la deliberación pública. De allí se desprende la paradoja de una apertura ambivalente al papel de la religión en la democracia.

Esta paradoja se explica por tres razones: a) *una hermenéutica secularista*, b) *el antiperfeccionismo,* y c) *el prejuicio antimetafísico* del agnosticismo rawlsiano que está representado en su propuesta teórica.

Una hermenéutica secularista. A pesar de considerar que las doctrinas religiosas conducen a la inestabilidad social, sugiriendo el

10 El destacado en cursiva es mío.

carácter subversivo de las mismas para la vida democrática pero, al mismo tiempo, desear que se integren en el consenso entrecruzado para que suscriban sinceramente su liberalismo político, Rawls no logra superar la sospecha sobre la real contribución de la religión a la vida democrática.[11] La sospecha antidemocrática o autoritaria se evidencia en que las doctrinas religiosas, morales o filosóficas deben demostrar su legitimidad pública, mientras que los principios políticos están cobijados por el *principio liberal de legitimidad*, que implica que para ser consideradas como razonables, las concepciones políticas sólo deben justificar que las Constituciones satisfagan este principio (Rawls, 2004a: 98).

La hermenéutica secularista que soporta su sospecha frente al catolicismo es paradójica, pues no es propio de la Iglesia confundirse con el Estado ni ser una parte del Estado. De ahí que la doctrina oficial católica no promueva la confesionalidad del Estado,[12] y se propongan definiciones del catolicismo como aquella de "una comunidad de convicciones" (Ratzinger, 1998: 39 y 105), muy distantes de la lectura ilustrada de una institución ansiosa de convertir a los herejes con la amenaza de la espada. Pero además, como advierten Amy Gutmann y Jürgen Habermas, "disociar las convicciones religiosas de las políticas… no va necesariamente de la mano con la separación entre la Iglesia y el Estado" (Gutmann, 2008: 214).

---

[11] Probablemente, en Rawls dicha sospecha esté arraigada en su actitud frente al catolicismo en su condición de protestante norteamericano. Según Weigel, el historiador Arthur M. Schlesinger señalaba que la parcialidad más profunda en la historia del pueblo americano es la sospecha de que la Iglesia católica no es segura para la democracia. Asimismo, Mark Twain habría confesado: "he sido educado para mostrar hostilidad hacia todo lo católico". En síntesis, el catolicismo ha sido considerado el obstáculo institucional más grande de cara al proyecto político de "hacer de los Estados Unidos un país en el que los valores y los argumentos basados en la religión no tuvieran lugar en la vida pública" (Weigel, 2009: 171-173). En el mismo sentido, Martha Nussbaum asevera que la larga y triste historia de anticatolicismo "constituye la peor tacha de nuestro compromiso nacional con la imparcialidad religiosa" (Nussbaum: 2009: 16 y 39), mientras que, para Glenn y Stack, aún hoy, el católico vive inmerso en una cultura políticamente hostil (Glenn & Stack, 2000: 5-29).

[12] Cfr. *Gaudium et Spes*, 76 y *Deus Caritas est*, 28.

Pero además, la sospecha antidemocrática es paradójica, porque Rawls le reprochaba a Locke y a Rousseau haber suscrito una versión restringida de la tolerancia de la que quedaban excluidos, entre otros, los católicos. Al respecto, escribió sobre ambos pensadores que "probablemente una mejor experiencia histórica y un conocimiento de las posibilidades más amplias de la vida política los hubiera convencido de que estaban equivocados, o, el menos, de que sus afirmaciones eran verdaderas sólo en circunstancias especiales" (Rawls, 2004b: 205).

El antiperfeccionismo. Rawls cuestiona la doctrina de Ignacio de Loyola, que formula que el objetivo último de la vida es servir a Dios y así salvar nuestra alma. Una consideración similar hace sobre Tomás de Aquino, quien, aunque concede a los juegos y entretenimientos un lugar en nuestra vida, sólo se permiten en la medida en que colaboren con el fin más alto o no lo dificulten. "Es sumamente inadecuado imaginar el fin dominante como un objetivo personal o social", y dicha elección aparece como irracional e insensata, pues, advierte, "el yo se deforma y se pone al servicio de uno solo de su fines" (Rawls, 2004b: 500-501). A ello se añade que, a su juicio, el perfeccionismo está ligado a formas de imposición por parte de la comunidad política, ya sea mediante la coerción, la educación, la exclusión de otras opciones y el control del ámbito cultural (Nagel, 2005: 231). Esta lectura parece ser heredera de su hermenéutica secularista.

El prejuicio y esta sospecha frente al papel público de la religión tiene una explicación filosófica; el *prejuicio antimetafísico*, que se basa en su radical crítica a la metafísica y a toda concepción que invoque fundamentos últimos para justificar su validez pública. Peña González cuestiona en el liberalismo político una "caracterización demasiado gruesa del realismo moral", y con ello, al rechazar Rawls esa forma de realismo, cree necesario rechazar todo realismo, dejando así el camino despejado para su postura (Peña González, 2001: 179). De este modo, dado que las concepciones religiosas mantienen una conexión con elementos filosóficos de generalidad, universalidad y verdad, el liberalismo

político sospecha de su pretensión de visibilidad pública y le pone algunos obstáculos. Ello aparece justificado, toda vez que Rawls asocia automática y acríticamente la pretensión de verdad con el prurito de que sea impuesta: "Al ser una religión de salvación eterna que exige una creencia verdadera, la Iglesia se sentía justificada en su represión de la herejía" (Rawls, 2010: 289).

Esta renuencia a incorporar la religión como una gramática válida de presentarse en el ámbito público pone en entredicho dos aspectos del liberalismo político: su carácter abierto e inclusivo. Dicho de otro modo, las barreras que le pone a la religión cuestionan el compromiso pleno del liberalismo político con la libertad y la igualdad.

El compromiso con la libertad se pone en cuestión al hacer del lenguaje político liberal —que presume universalmente aceptado—, la única forma válida de exponer las doctrinas comprensivas en la razón pública. Ello supone dejar en un segundo plano a los *creyentes comunes* que no sean capaces de estipular o traducir sus doctrinas morales, filosóficas o religiosas a un lenguaje político liberal. Por eso, ¿qué tanto cierra la política rawlsiana el juego a otras opciones políticas en pro del *statu quo* liberal? Si esta doctrina política tiene opciones reales, ¿sería lo suficientemente amplia como para permitir transformaciones que satisfagan incluso ciertas demandas de posiciones no liberales? (Grueso, 2009: 80).

Al mismo tiempo, su propuesta pone en duda su compromiso con la igualdad, toda vez que, como hace notar Raz, forma parte de la constitución democrática de una sociedad el que a través de la acción política y dentro de ciertos límites, las personas puedan buscar promover sus preferencias personales hacia un determinado entorno y estilo de vida valiosos. Pero al hacerlo, las preferencias de todos ellos tienen *igual peso* (Raz, 2001: 106). El prejuicio *antimetafísico* y *antiperfeccionista* lo llevan a definir una asimetría en el ámbito público entre creyentes y agnósticos, o entre quienes invocan principios comprensivos religiosos y quienes suscriben principios de naturaleza meramente secular.

¿Estamos ante "dos Rawls", uno creyente y otro agnóstico? Si es así, ¿cuál de los dos prevalece en la confección de su teoría política liberal? ¿Estamos ante dos versiones del liberalismo, una versión secular y abierta al influjo de la religión, y otra versión secularista y agnóstica que rechaza todo contenido extrapolítico, ya sea moral, filosófico o religioso?

Más que "dos Rawls", estamos ante una tensión biográfica y bibliográfica entre religión y agnosticismo. La existencia de dicha tensión permite interpretar el liberalismo rawlsiano como un liberalismo secular, cortés con la religión y, por consiguiente, abierto a su contribución. Pero también se pueden hallar rasgos de un liberalismo secularista, promotor de una racionalidad procedimental y escéptica que confina las creencias religiosas a la esfera individual como *meras preferencias* (Rawls, 1995: 587).

La tesis de la tensión biográfica y bibliográfica entre religión y agnosticismo previene a los lectores de Rawls tanto de la sospecha de una *criptoteología* (Rojas Molina, 2010: 276) como del enfoque secularista canónico.

En cualquier caso, dicha tensión le confiere un mayor interés al estudio de la relación entre política y religión en la obra de Rawls. Y pone de relieve un tema ante el cual sus lectores no deberían seguir de largo.

V. Bibliografía

ADAMS, R. M. (2010), "La ética teológica del joven Rawls", en RAWLS, J., *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe y Sobre mi religión*, Barcelona, Paidós.

AN-NA'IM, A. A. (1996), *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse, Syracuse University Press.

BARRY, B. (1995), "John Rawls and the Search for Stability", *Ethics* (105).

Beltrán, E. (2008), "Sobre dioses, derechos y leyes: la igualdad en el uso público de la razón", *Revista Internacional de Filosofía Política* (32).

Benedicto XVI, (22 de 12 de 2005), Discurso del santo Padre Benedicto XVI a los cardenales, arzobispos, obispos y prelados superiores de la curia romana. Recuperado el 4 de 5 de 2010, de vatican: *http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2005/december/documents/hf_ben_xvi_spe_20051222_roman-curia_sp.html*

Berlin, I. (2010), "El fin del ideal de la sociedad perfecta", en Giraldo Ramírez, J., *Isaiah Berlin, utopía, tragedia y pluralismo*, Medellín, Fondo Editorial Universidad EAFIT.

Cohen, J., & Nagel, T. (2010), "Introducción", en Rawls, J., *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe y Sobre mi religión*, Barcelona, Paidós.

Dworkin, R. (1993), *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós.

——— (2008), *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós.

Garzón Vallejo, I. (2014), *La religión en la razón pública*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea-Universidad de La Sabana.

Glenn, G. D., & Stack, J. (2000), "Is American Democracy safe for Catholicism?", *The Review of Politics* (62).

Grueso, D. I. (2009), *La filosofía y la política en el pluralismo: la metafilosofía del último Rawls*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad del Valle.

Gutmann, A. (2008), *La identidad en democracia*, Buenos Aires, Katz.

Habermas, J. (2001), *Israel o Atenas: ensayos sobre religión, teología y racionalidad*, Madrid, Trotta.

——— (2006), *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós.

——— (2008a), "El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?", *Diánoia* (60).

——— (2008b), "La voz pública de la religión. Respuesta a la tesis de Paolo Flores d'Arcais", *Claves de Razón Práctica* (180).

——— (2009), *¡Ay, Europa!, pequeños escritos políticos*, Madrid, Trotta.

McCarthy, T. (1994), "Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue", *Ethics* (105).

Nagel, T. (2003), "La compasión rigurosa de John Rawls: una breve biografía intelectual", *Praxis Filosófica* (16).

— (2005), "Rawls y el liberalismo", *Estudios Públicos* (97).

Nussbaum, M. (2009), *Libertad de conciencia: contra los fanatismos*, Barcelona, Tusquets.

Ortega y Gasset, J. (1959), *Ideas y creencias*, Madrid, Revista de Occidente.

Peña González, C. (2001), "La tesis del consenso superpuesto y el debate liberal-comunitario", *Estudios Públicos* (82).

Pogge, T. (2010), "John Rawls: una biografía", *Co-herencia* (12).

Ratzinger, J. (1998), *Verdad, valores, poder: piedras de toque de la sociedad pluralista*, Madrid, Rialp.

Rawls, J. (1995), *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.

——— (2001), *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós.

——— (2004a), Guía de lectura de *El liberalismo político*. *Revista Internacional de Filosofía Política* (23).

——— (2004b), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

——— (2006), *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica.

——— (2010), *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe y Sobre mi religión*, Barcelona, Paidós.

Raz, J. (2001), *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa.

Rodríguez Zepeda, J. (1999), "La debilidad política del liberalísmo de John Rawls", *Revista Internacional de Filosofía Política* (14).

——— (2003), *La política del consenso: una lectura crítica de* El liberalismo político *de John Rawls*, Barcelona, Anthropos & Universidad Autónoma Metropolitana.

ROJAS MOLINA, E. (2010), "La 'metafísica' del joven Rawls: una teología con implicaciones éticas y políticas", *Doxa* (33).

Sentencia C–355 (Corte Constitucional de Colombia 2006).

Sentencia T–585 (Corte Constitucional de Colombia 2010).

WALDRON, J. (2005), *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.

WEIGEL, G. (2009), *La verdad sobre el catolicismo*, Madrid, Cristiandad.

WENAR, L. (1995), "Political Liberalism: An Internal Critique", *Ethics* 106 (1).

DESOBEDIENCIA CIVIL Y RAZÓN PÚBLICA

Joaquín MIGLIORE*

SUMARIO: I. *Teorías ideales y teorías no ideales*. II. *Las violaciones a la justicia en una "sociedad casi justa"*. III. *La justicia en una sociedad democrática*. IV. *Desobediencia civil y objeción de conciencia*. V. *Otros motivos de la distinción en el sistema de Rawls: el problema de la fundamentación de la desobediencia civil*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

En el presente artículo nos proponemos analizar el tema de la desobediencia civil, tal como aparece en la obra de John Rawls, especialmente en su famoso trabajo de 1971, *Teoría de la justicia*, vinculándolo con su idea de razón pública, cuestión sobre la que reflexiona en escritos más tardíos.

I. TEORÍAS IDEALES Y TEORÍAS NO IDEALES

El abordaje del tema de la desobediencia civil pertenece, dentro del sistema rawlsiano, a lo que el autor de *Teoría de la justicia* denomina *teoría no ideal* de la justicia. Ya desde sus primeros trabajos Rawls distingue entre teorías *ideales* y teorías *no ideales*. En tanto que la *teoría ideal* "examina solamente los principios de la justicia que regularían una sociedad bien ordenada" y se pregunta sobre "cómo sería una sociedad perfectamente justa", la teoría *no ideal* "estudia los principios que gobiernan la manera de tratar la injusticia"

* Pontificia Universidad Católica Argentina.

(Rawls, 1993: 25). A dicha parte de la teoría "corresponden temas tales como la teoría del castigo, la doctrina de la guerra justa y de la justificación de los diversos medios existentes para oponerse a regímenes injustos; temas que van desde la desobediencia civil y la objeción de conciencia, hasta la resistencia militante y la revolución" (Rawls, 1993: 25).

La cuestión evidentemente no es nueva. La contrapartida de la justicia es la injusticia, y tan vieja como la pregunta por aquella es la de qué hacer cuando una sociedad o sus gobernantes vulneran el orden que debieran respetar. Podemos remontarnos hasta Antígona y su decisión de incumplir los decretos de Creonte obedeciendo a las "leyes no escritas, inmutables, de los dioses", o a la sentencia de Cicerón:

> Grande absurdo es también considerar como justo todo lo que se encuentra regulado por las instituciones y las leyes de los pueblos. ¿Cómo, hasta las leyes de los tiranos?… No existe, pues, más que un solo derecho al que está sujeta la sociedad humana, establecido por una ley única: esta ley es la recta razón en cuanto manda o prohíbe, ley que, escrita o no, quien la ignore es injusto (Cicerón, 1978: 105).

No puede extrañar por ello que Rawls, cuya *Teoría de la justicia* representa el punto de inflexión en la filosofía política de los Estados Unidos en el que tras décadas de predominio positivista vuelve a aceptarse en el ámbito académico la legitimidad de la pregunta valorativa, se interrogue sobre qué hacer con la injusticia.

La "principal preocupación" de Rawls se centra, con todo, en la parte ideal de la teoría (Rawls, 1993: 281), aunque los problemas planteados por la injusticia son sin duda "los más apremiantes y urgentes", debido a que considera —cuestión posteriormente discutida por Amartya Sen (2011: 33-ss.)— que "la teoría ideal… proporciona la única base para una comprensión sistemática de los problemas más apremiantes. La discusión de la desobediencia civil, por ejemplo, depende de ella" (Rawls, 1993: 25). No obstante, en varias partes de su obra aborda cues-

tiones que tienen que ver con la teoría *no ideal*. Por ejemplo, respecto del orden *internacional*, en su trabajo *The Law of the Peoples* (1993/1999),[1] tras haber presentado en su primera y su segunda parte el ideal de justicia entre naciones, se pregunta en la tercera, titulada precisamente "La teoría no ideal", sobre los problemas de la guerra justa y el deber de los pueblos bien ordenados de ayudar a las sociedades menos favorecidas (la justicia distributiva entre los pueblos). No es de menor relevancia, aunque tal vez más breve en extensión, el espacio dedicado a plantear la pregunta sobre qué hacer con la injusticia en el orden *nacional*. A esta cuestión está dedicado el capítulo sexto de su famosa *Teoría de la justicia*, en el que examina las instituciones de la desobediencia civil y la objeción de conciencia.

II. Las violaciones a la justicia en una "sociedad casi justa"

Rawls restringe su análisis respecto de cómo lidiar con la injusticia en el orden nacional a la situación que se presenta cuando existen "violaciones graves de la justicia" en una sociedad que, a pesar de ello, es "casi justa"; esto es, "una sociedad bien ordenada" (Rawls, 1993: 404). No se ocupa, por tanto, del problema que se plantea cuando el Estado es radicalmente injusto, circunstancia que, sostiene Rawls, legitima medidas como la acción militante y la rebelión (Rawls, 1993: 408), derecho al que la doctrina clásica denominó derecho de resistencia, y que, reivindicado en obras como la *Vindiciae contra tyrannos* (1579), la *Defensio fidei* (1613) de Francisco Suárez o el *Ensayo sobre el gobierno civil* (1660-1662) de John Locke (cuya doctrina se prolonga hasta la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos), fuera reconocido en diversos documentos de la Revolución francesa. Valga por ello una aclaración: a diferencia de un filósofo como Michael Walzer, que alude

---

[1] Para la edición española, véase Rawls, J. (2001), *El derecho de gentes y "una revisión de la idea de razón pública"*, Barcelona, Paidós.

permanentemente a situaciones históricas concretas ("No empecé este trabajo pensando sobre la guerra en general sino sobre guerras concretas y sobre todo en la intervención estadounidense en Vietnam" (Walzer, 2001: 17), así comienza su conocido trabajo *Guerras justas e injustas*) Rawls se maneja en un grado de abstracción importante que evita incluso ejemplificar. No obstante, su obra no puede entenderse si no tenemos en cuenta las circunstancias que la inspiraron, en especial la guerra de Vietnam, a la que Rawls se opusiera personalmente, y el movimiento de derechos civiles, encabezado por Martin Luther King. La pregunta que lo mueve es pues la de cuáles son los deberes de obediencia que tiene un miembro de una sociedad casi justa para con las leyes que ésta dicta cuando, a su entender, algunas de ellas se oponen a principios básicos de justicia. La relevancia dada a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia se entiende desde este contexto.

Ahora bien, para comprender la postura de Rawls, resulta necesario recordar que su *Teoría de la justicia* pretendió, en primer lugar, rehabilitar la teoría normativa o ético-política después de décadas de predominio positivista en la academia de los Estados Unidos. Pero su objetivo también fue el de superar la tradición utilitarista, característica de gran parte de la filosofía anglosajona, para lo que apela a la tradición kantiana y a su idea de deber.[2] Precisamente, el problema de la desobediencia civil es abordado en el capítulo que titula "El deber y la obligación". La relación de un sujeto con las normas que ordenan a la comunidad, sostiene Rawls, presupone un vínculo moral que trasciende la búsqueda del propio beneficio: "Desde el punto de vista de la teoría de la justicia, el deber natural más importante es el de defender y fomentar las instituciones justas… De ello se deriva que, si la estructura básica de la sociedad es justa, o todo lo justa que es posible esperar dadas las circunstancias, todos tienen un deber natural de hacer lo que se les exige" (Rawls, 1993: 374).

2 "Lo que he tratado de hacer es generalizar y llevar a la teoría tradicional el contrato social representado por Locke, Rousseau y Kant, a un nivel más elevado de abstracción… La teoría resultante es de naturaleza altamente kantiana" (Rawls, 1993: 10).

Pero si las leyes justas obligan en conciencia, la pregunta que surge es la de qué sucede cuando las leyes son injustas. Rawls plantea el problema de la siguiente manera:

> No es difícil explicar por qué hemos de obedecer leyes justas… El problema es el de que bajo qué circunstancias y hasta qué punto estamos obligados a obedecer acuerdos injustos. A veces, se dice que no estamos obligados a obedecer en estos casos, pero esto es un error. La injusticia de una ley, no es, por lo general, una razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación… es una razón suficiente para aceptarla. Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, estimada por el estado actual de las cosas, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites de injusticia. Al tratar de distinguir estos límites, nos acercamos al complicado problema del deber y la obligación. La dificultad reside en parte en el hecho de que en estos casos hay un conflicto de principios. Algunos principios aconsejan la obediencia, mientras que otros nos aconsejan lo contrario (Rawls, 1993: 391).

Dicho en otras palabras: "en un estado próximo a la justicia, existe normalmente el deber… de obedecer las leyes injustas, mientras no excedan ciertos grados de injusticia" (Rawls, 1993: 396). "El que la desobediencia esté justificada depende de la extensión que alcance la injusticia de las leyes y de las instituciones" (Rawls, 1993: 392).

Resulta fácil ver que dicho planteamiento se acerca a la formulación de Gustav Radbruch de que "la extrema injusticia no es derecho". El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como "derecho injusto" ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas

a pesar de su contenido injusto.[3] O a las cuestiones suscitadas en la tradición iusnaturalista por el adagio, atribuido a San Agustín, "la ley injusta no es ley, sino violencia". El hecho de que también la ley injusta pueda ser llamada "ley" —señala Joaquín García Huidobro— "explica que en algunos casos, indirectamente, pueda tener algunos de los efectos de la ley, como el *obligar moralmente*". Este carácter moralmente obligatorio "deriva de exigencias externas, como la de evitar ciertos males, y nunca incluye el deber de realizar algo moralmente malo, sino a lo más el sufrir determinados males".[4]

III. La justicia en una sociedad democrática

A las razones clásicas para considerar que la ley injusta pudiera obligar moralmente, cuando la desobediencia trae como consecuencia un grave desorden público o algún otro efecto seriamente negativo para el bien común —Tomás de Aquino escribe: "las leyes injustas… no obligan en el foro de la conciencia, si no es para evitar el escándalo y el desorden, por cuya causa el hombre debe ceder (*cedere*) su propio derecho (*iuri suo*)"—,[5] Rawls agrega otro motivo: la convicción de que las decisiones tomadas mediante el procedimiento de la regla de las mayorías "constituye el medio más eficaz de garantizar una legislación justa y efectiva" (Rawls, 1993: 396).

Rawls retoma aquí una pregunta presente desde los orígenes mismos de la filosofía política. Dado que toda comunidad tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para el conjunto,

---

[3] *Cfr.* Alexy, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, *http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf*. Consultado el 26/11/2013.

[4] García Huidobro, Joaquín, *Trece tesis sobre la afirmación: "La ley injusta no es ley"*, *http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/13_tesis_s_la_afirm_la_ley_inj_no_es_ley.pdf. Consultado el 26/11/2013*.

[5] STh, I-II, q. 96, a. 4 c. *Cfr.* Massini Correas, Carlos Ignacio, *La cuestión de la ley injusta, de Santo Tomás a algunos iusfilósofos contemporáneos http://gt000157.ferozo.com/xxxv/files/Massini_10.pdf.* Consultado el 26/11/2013.

¿existe alguna forma de gobierno que tenga una garantía mayor de acertar con lo correcto? Según el autor de *Teoría de la justicia*, "no existe un esquema de reglas políticas de procedimiento que garantice que no se promulgará una legislación injusta" (Rawls, 1993: 230), valga añadir que "cualquier procedimiento político practicable puede producir un resultado injusto" (Rawls, 1993: 230). Esto sucede también en la democracia. Así, Rawls sostiene: "que la mayoría tenga el derecho constitucional de hacer las leyes, …no implica, sin embargo, que las leyes promulgadas sean justas" (Rawls, 1993: 397), aunque "algunos esquemas tienen mayor tendencia a producir leyes injustas" (Rawls, 1993: 397). Ello cabe de manera especial, y por razones que podríamos llamar "epistemológicas", para la regla de mayorías.

> Si nos preguntamos si la opinión de la mayoría será correcta, es evidente que el procedimiento ideal guarda cierta analogía con el problema estadístico de conjuntar las ideas de un grupo de expertos, para obtener la mejor decisión. Aquí, los expertos son los legisladores racionales, capaces de considerar una perspectiva objetiva, ya que son imparciales. La sugerencia proviene de Condorcet y sugiere que si la posibilidad de un juicio correcto por parte del legislador representativo es mayor que la de un juicio incorrecto, la posibilidad de que el voto mayoritario sea correcto aumenta, como aumenta también la posibilidad de una decisión correcta por parte del legislador representativo...
>
> Suponemos normalmente que un debate ideal entre muchas personas llegará más fácilmente a la decisión correcta (si es necesario a través del voto) que las deliberaciones de uno de ellos por sí solo. ¿Por qué esto es así? En la vida diaria el intercambio de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y amplía nuestra perspectiva... Los beneficios del debate residen en el hecho de que incluso los legisladores representativos sufren limitaciones de conocimiento y de su capacidad de razonar... El debate es un medio de combinar información y de ampliar el alcance de los argumentos. Al menos a través del tiempo, los efectos de la deliberación común parecen destinados a ofrecer soluciones (Rawls, 1993: 398 y 399).

Al igual que Jürgen Habermas, Norberto Bobbio o Carlos Nino, Rawls supone que para que la regla de mayorías pueda garantizar una legislación justa debe respetar ciertas reglas de procedimiento y el goce de las libertades liberales.[6] La primacía de la igual libertad civil sobre la libertad de participación no significa, solamente, que la "libertad de los antiguos" tiene menos valor intrínseco que la "libertad de los modernos", sino que las libertades civiles son una condición del funcionamiento de la democracia:

> Podemos dar por supuesto que un régimen democrático presupone la libertad de opinión y reunión, y la libertad de pensamiento y de conciencia. Estas instituciones no son solamente exigidas por el primer principio de justicia, sino, como alegó Mill, son necesarias si los sucesos políticos han de ser encauzados de un modo racional (Rawls, 1993: 259).

Lo anterior no evita que las mayorías puedan dictar normas injustas, pero con todo, es necesario adoptar algún modo de toma de decisiones, al elegir alguna forma de la regla de mayorías, "los grupos aceptan los riesgos de sufrir los defectos del sentido de la justicia de los demás para obtener las ventajas de un procedimiento legislativo eficaz. No hay otro modo de producir un régimen democrático" (Rawls, 1993: 395). De allí nuestro deber de obedecer (en tanto no excedan ciertos límites de injusticia) las normas que emanen de una autoridad democrática:

> Las mayorías (o coaliciones de minorías) están sujetas a cometer errores, si no por falta de conocimiento e información, como resultado de enfoques limitados y egoístas. No obstante, nuestro deber natural de apoyar aquellas instituciones que sean justas, nos

6 "Una parte fundamental del principio de mayorías es que el procedimiento satisfaga las condiciones básicas de la justicia. En este caso, las condiciones son las de la libertad política; la libertad de palabra y de reunión, libertad para tomar parte en los sucesos públicos, para influencias por medios constitucionales el curso de la legislación y la garantía del justo valor de estas libertades. Cuando desaparece esta base no se satisface el primer principio de justicia" (Rawls, 1993: 397).

> obliga a obedecer las leyes y los programas injustos o, al menos, a no oponernos a ello por medios ilegales, en tanto estas leyes o programas no excedan ciertos límites de injusticia. Ya que se nos exige defender una constitución justa, hemos de aceptar uno de sus principios esenciales, el de la regla de mayorías. En un estado casi justo, tenemos normalmente el deber de obedecer leyes injustas, en virtud de nuestro deber de apoyar una constitución justa (Rawls, 1993: 394).

Pero, continúa Rawls: "aunque los ciudadanos someten su conducta a la autoridad democrática, es decir, reconocen que el resultado de una votación establece una norma obligatoria, *no someten a ella su juicio*" (Rawls, 1993: 397).[7] Es en este contexto que se plantea el problema de la desobediencia civil:

> El problema de la desobediencia civil, tal y como lo interpretaré, se produce sólo en un estado democrático más o menos justo. Para aquellos ciudadanos que reconocen y aceptan la legitimidad de la constitución, el problema es el de un conflicto de deberes. ¿En qué punto cesa de ser obligatorio el deber de obedecer las leyes promulgadas por una mayoría legislativa (o por actos ejecutivos aceptados por tal mayoría) a la vista del derecho a defender las propias libertades y el deber de oponernos a la injusticia? Este problema implica la cuestión de la naturaleza y límites de la regla de mayorías (Rawls, 1993: 404).

IV. Desobediencia civil y objeción de conciencia

Rawls centra su atención en el problema de la desobediencia civil, aunque examina junto con ella otra institución también arraigada en la tradición de los Estados Unidos: la objeción de conciencia. Pese a que ambas presentan indudables puntos de coincidencia, prefiere contrastarlas, atendiendo tanto a los motivos históricos que las diferenciaran cuanto a razones originadas en su propio

[7] La cursiva es mía.

sistema. Rawls mismo aclara que la distinción puede no ser nítida: "hay que tener en cuenta, sin embargo, que en las situaciones actuales, no hay una profunda distinción entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Generalmente la misma acción… puede tener bastantes elementos comunes" (Rawls, 1993: 412). De hecho, muchas teorías que justifican la resistencia a las normas injustas no las diferencian. El *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia* (2005), por ejemplo, menciona solamente el derecho a la objeción de conciencia y el derecho de resistencia, distinguiendo en este último caso entre la "lucha armada" y la "resistencia pasiva".[8]

¿Qué tienen en común ambas instituciones? El que en las dos las personas que rehúsan cumplir la norma consideran que obedecerla violentaría sus conciencias. Asimismo, ambas acciones son no violentas. ¿Qué tienen de distinto? Fundamentalmente el que la desobediencia civil, nos dice Rawls, es un *acto político*. La desobediencia es un "acto político dirigido al sentido de la justicia de la comunidad" (Rawls, 1993: 413). Por este motivo, para justificar la desobediencia civil, "no apelamos a principios de moralidad personal o a doctrinas religiosas… Al contrario, invocamos la concepción de justicia comúnmente compartida, que subyace bajo el orden político" (Rawls, 1993: 406 y 407). Puede ser definida, de este modo, como "un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno" (Rawls, 1993: 405). La objeción de conciencia, de modo opuesto, "no es una forma de apelar al sentido de justicia de la mayoría… No invocamos por tanto las convicciones de la comunidad y, en este sentido, la objeción consciente no consiste en una actuación ante el foro público" (Rawls, 1993: 410). Aquellos que se niegan a obedecer, agrega, "reconocen que no existe base para una comprensión mutua, y no recurren a la desobediencia como un medio de exponer su causa… son menos optimistas que aquellos que llevan a cabo la desobediencia civil" (Rawls, 1993: 410).

8 *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, núm. 399, 400 y 401.

Las luchas del movimiento por los derechos civiles, lideradas por Luther King, constituyen una situación clásica de desobediencia civil. Se apelaba, en este caso, a los mismos principios de la Constitución de los Estados Unidos para cuestionar una práctica legitimada bajo su vigencia. Son, en cambio, casos típicos de objeción de conciencia, sostiene Rawls, "la negativa de los primeros cristianos a cumplir ciertos actos de piedad prescriptos por el estado pagano, o la de los testigos de Jehová de saludar la bandera…, la renuncia de un pacifista a servir en las fuerzas armadas, o la de un soldado a obedecer una orden que él considera manifiestamente contraria a la ley moral que se aplica en la guerra" (Rawls, 1993: 410).

La distinción ha sido remarcada en un documento de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos, en el que ésta exhorta a los ciudadanos americanos a oponerse a ciertas leyes de salud impulsadas por el presidente Obama:

> It is essential to understand the distinction between conscientious objection and an unjust law. Conscientious objection permits some relief to those who object to a just law for reasons of conscience—conscription being the most well-known example. An unjust law is 'no law at all.' It cannot be obeyed, and therefore one does not seek relief from it, but rather its repeal.[9]

La objeción de conciencia implica, de este modo, por parte de quien incumple la norma, la decisión de no acatarla por motivos que podríamos considerar particulares, o al menos no compartidos por el conjunto de la comunidad. Tradicionalmente por ello se ha considerado que si bien el objetor tiene, desde un punto de vista moral, la obligación de no obedecer, el Estado, pese a ello, si considera que la norma es justa, se encuentra autorizado a imponerla. Señala en este sentido Locke en su famosa *Carta sobre la tolerancia*:

[9] United States Conference of Catholic Bishops Ad Hoc Committee for Religious Liberty. *Our First, Most Cherished Liberty A Statement on Religious Liberty,* marzo de 2012.

> Pero pueden preguntar algunos: ¿Y si el magistrado ordenara algo que pareciera ilegal a la conciencia de una persona privada? Yo respondo que si el gobierno es lealmente administrado, y los consejos de los magistrados están verdaderamente dirigidos al bien público, esto raramente ocurrirá. Pero si aconteciese tal cosa, yo digo que tal persona privada debe abstenerse de las acciones que juzga ilegales y cumplir el castigo, pues sufrirlo no es ilegal. El juicio privado de una persona acerca de una ley promulgada en materia política, por el bien público, no quita la fuerza obligatoria a esa ley ni merece dispensa (Locke, 1985: 52).

En los Estados Unidos, sin embargo, la reflexión suscitada por algunos temas específicos como la negativa de ciertos grupos religiosos a ir a la guerra o a cumplir con el servicio militar (cuestión que volvería a ser crucial por los años en los que se estaba elaborando la *Teoría de la justicia*), determinaría la evolución de esta doctrina hasta llegar al reconocimiento por parte de las leyes positivas de un "derecho" a incumplir el orden jurídico vigente con base en motivos de conciencia. La pregunta sobre qué hacer cuando la decisión de un gobierno de ir a la guerra choca con nuestras convicciones morales no es nueva. Ya Vitoria se preguntaba, por ejemplo, en sus famosas *Relectiones*, "si los súbditos están obligados a examinar las causas de la guerra" (Vitoria, 1946: 228) a lo que contestaba: "Si al súbdito le consta de la injusticia de la guerra, no puede ir a ella, aun cuando el príncipe se lo mande. Lo cual es manifiesto, porque en virtud de ninguna autoridad es lícito dar muerte a un inocente. Luego, si los enemigos son inocentes, en ese caso no se les puede matar" (Vitoria, 1946: 229). De todo lo cual se sigue como corolario, agregaba, "que cuando los súbditos tengan conciencia de la injusticia de la guerra, no les es lícito ir a ella, se equivoquen o no" (Vitoria, 1946: 229).

Pero en Estados Unidos la cuestión adquiere un nuevo matiz cuando grupos religiosos como los cuáqueros o los hermanos moravos se opusieran, ya desde el origen mismo de la nación americana, en estados como Rhode Island, North Carolina o Maryland, a prestar el servicio militar en nombre de sus convic-

ciones religiosas. El debate se traslada, por tanto, de la cuestión respecto de si la guerra es objetivamente justa o injusta a la pregunta sobre el significado de la libertad religiosa. Ella se entendió no sólo como el derecho a practicar libremente el culto, sino a vivir de acuerdo con las propias convicciones religiosas, en una esfera de libertad que no puede ser regulada por el Estado.

El liberalismo del siglo XVIII convertirá en principios estas ideas. Proclamando la necesidad de separar la Iglesia del Estado se propondrá delimitar de manera neta la esfera pública de la privada. El fin de la comunidad política, la defensa de los derechos a la vida, la libertad y la propiedad, señala, al mismo tiempo, el límite de las potestades del gobierno. La competencia del príncipe, sostiene Locke, uno de los grandes inspiradores de la Constitución de los Estados Unidos, "no se extiende hasta la salvación de las almas". Pero la religión pasa, con ello, a la esfera de lo no político. Quien incumple una norma invocando a la objeción de conciencia no pretende por ello atacarla apelando "a una concepción de la justicia comúnmente compartida", y sus razones deberían ser consideradas en alguna medida "privadas". Por ello, sostiene Rawls:

> …suponiendo que los primeros cristianos no justificasen su negativa a obedecer las costumbres religiosas del estado, por razones de justicia, sino simplemente por ser contrarias a sus convicciones religiosas, su argumento no sería político, como tampoco lo serían los argumentos de un pacifista, suponiendo que las guerras de autodefensa están reconocidas por la concepción de justicia que subyace en un régimen constitucional (Rawls, 1993: 410 y 411).

El hecho de que la negativa a cumplir con el servicio militar, tal como fuera planteada por los grupos religiosos, no se opusiera al conjunto del orden jurídico, sino que sólo buscara una excepción limitada fundada en motivos de conciencia, llevó a que, a diferencia de la solución lockeana, se reconociera progresivamente, bajo ciertas circunstancias, el "derecho" a incumplir las normas establecidas. La cuestión planteada por primera vez hacia 1670

reaparecerá en los debates que precedieran a la sanción de la Constitución en 1787, y en el contexto de la guerra civil, en las discusiones en torno al reclutamiento obligatorio. En la actualidad, y fuera del contexto de los Estados Unidos, la vinculación de la objeción de conciencia al servicio militar con el ejercicio de la libertad religiosa ha sido reconocida en un fallo de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Bayatyan v. Armenia, solicitud Nº 23459/03), en el que ésta, modificando su jurisprudencia anterior, determinó que el artículo 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales era aplicable a la objeción de conciencia al servicio militar.

Resulta de todos modos difícil determinar cuándo es razonable reconocer un "derecho" a no cumplir una norma que el conjunto de la sociedad considera justa. Rawls sostiene en ese sentido que:

> Es difícil encontrar la solución correcta cuando algunas personas recurren a principios religiosos, al negarse a cumplir ciertas acciones que parecen estar exigidas por principios de justicia política. ¿Posee el pacifista inmunidad ante el servicio militar en una guerra justa, suponiendo que tales guerras existan?, ¿o se permite al estado imponer ciertas penas ante la desobediencia? Existe la tentación de decir que la ley debe respetar siempre los dictados de la conciencia, pero esto no puede ser correcto (Rawls, 1993: 411).

Al igual que la objeción de conciencia, también la desobediencia civil es una institución arraigada en la tradición americana. Los grandes lineamientos de la misma (que son los que recoge Rawls), aparecen ya claros en el ensayo *Civil Disobedience* de Henry David Thoreau (1849), obra que habría de inspirar la acción de Luther King en su lucha por los derechos civiles y a Gandhi y a Mandela fuera de los Estados Unidos. Tienen en común, como dijéramos, la convicción de que la conciencia tiene primacía por sobre las normas positivas:

> ¿Debe el ciudadano someter su conciencia al legislador por un solo instante, aunque sea, en la mínima medida? Entonces, ¿para qué tiene cada hombre su conciencia? Yo creo que debiéramos ser hombres primero y ciudadanos después. Lo deseable no es cultivar el respeto por la ley, sino por la justicia. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en cada momento lo que crea justo (Thoreau, 2009).

Sin embargo, la desobediencia civil, sostiene Rawls, a diferencia de la objeción de conciencia, no busca sólo aliviar —en atención a motivos personales— la presión que ejerce una ley que la comunidad considera justa sobre un individuo particular, sino que constituye un acto *político*. Se dirige, por ello, al conjunto de la comunidad a fin de lograr el cambio de la legislación. Thoreau exhorta al pueblo de Massachusetts a rechazar las políticas esclavistas de su tiempo:

> No vacilo en decir que aquellos que se autodenominan abolicionistas deberían inmediatamente retirar su apoyo personal y pecuniario al gobierno de Massachusetts, y no esperar a constituir una mayoría, antes de tolerar que la injusticia impere sobre ellos. Yo creo que es suficiente con que tengan a Dios de su parte, sin esperar a más (Thoureau, 2009).

También Luther King insiste en la publicidad de su mensaje:

> Así como los profetas del siglo VIII antes de Cristo —así comienza su famosa *Carta desde la cárcel de Birmingham*— abandonaban sus pueblos y difundían su mensaje divino muy lejos de los límites de sus ciudades originarias; así como el apóstol Pablo dejó su pueblo de Tarso y difundió el Evangelio de Cristo hasta los lugares más remotos del mundo grecorromano, así me veo yo también obligado a difundir el Evangelio de la Libertad allende los muros de mi ciudad de origen (sf: 2).

Por este motivo no puede decirse que la acción sea antidemocrática (ya que quien incumple está dispuesto a pagar las

consecuencias y su objetivo, además del de negarse a colaborar con una acción injusta, consiste en convencer a esa misma mayoría de su injusticia de su proceder), sino que constituye una manera de entender el compromiso político. La democracia exige de los ciudadanos, señala Enrique Bonete Perales,

> …un compromiso moral de seguir de cerca las tomas de decisión provenientes de las instancias de poder, hasta el punto de servirse de la "desobediencia civil", si fuere necesario, como medio moral y político para suscitar la mejor conciencia pública de la necesidad de modificar leyes consideradas injustas y de acrecentar la implicación personal en la vida política (Bonete Perales, 1998: 14).

Parte de la razón pública, la disidencia adquiere un papel significativo en el intento de aproximarse a las soluciones justas. Como bien sostiene Thoreau:

> Una minoría no tiene ningún poder mientras se aviene a la voluntad de la mayoría: en ese caso ni siquiera es una minoría. Pero cuando se opone con todas sus fuerzas es imparable. Si las alternativas son encerrar a los justos en prisión o renunciar a la guerra y a la esclavitud, el Estado no dudará cuál elegir. Si mil hombres dejaran de pagar sus impuestos este año, tal medida no sería ni violenta ni cruel, mientras que si los pagan, se capacita al Estado para cometer actos de violencia y derramar la sangre de los inocentes. Esta es la definición de una revolución pacífica, si tal es posible…
>
> Estoy seguro de que si mil, si cien, si diez hombres que pudiese nombrar, si solamente diez hombres honrados, incluso si un solo hombre honrado en este Estado de Massachusetts, dejase en libertad a sus esclavos y rompiera su asociación con el gobierno nacional y fuera por ello encerrado en la cárcel del condado, esto significaría la abolición de la esclavitud de América (Thoreau, 2009).

Ahora bien, a pesar del interés de Rawls por distinguir entre objeción de conciencia y desobediencia civil utilizando como cri-

terio el que los motivos sean privados o públicos, la diferencia a veces no es tan nítida. Él mismo lo reconoce, tanto cuando aclara que "el separar estas dos ideas es dar una definición más restringida que la tradicional de la desobediencia civil" (Rawls, 1993: 405, nota 19), como cuando admite, en el mismo texto de *Teoría de la justicia*, que la objeción de conciencia puede fundarse en motivos *políticos*: "La objeción de conciencia puede basarse, sin embargo, en *principios políticos*. Podemos negarnos a consentir una ley suponiendo que es tan injusta que el obedecerla está fuera de toda duda. Este sería el caso, si la ley ordenase que fuésemos el agente que somete a la esclavitud a otra persona" (Rawls, 1993: 411). Tanto es así que todo el número 58 de *Teoría de la justicia*, dedicado a justificar la objeción de conciencia, y en el que Rawls analiza de manera específica la negativa "a participar en ciertos actos de guerra, o a servir en las fuerzas armadas", no discurre en torno al tema de la libertad religiosa, sino que se centra en torno a la cuestión de cuando una guerra es justa o no lo es. Existen principios que establecen, nos dice Rawls,

> …cuándo tiene una nación un motivo justo para la guerra, o según la frase tradicional: su *jus ad bellum*. Pero hay también principios que regulan los medios que puede usar una nación para emprender la guerra, su *jus in bello*. Incluso en una guerra justa, hay ciertas formas de violencia que son estrictamente inadmisibles, y cuando el derecho que un país tiene a la guerra es cuestionable o incierto, los límites sobre los medios que se pueden usar son más severos (Rawls, 1993: 420).

De este modo, continúa,

> …si la objeción de conciencia en tiempo de guerra recurre a estos principios, se basa en una concepción política, y no necesariamente en nociones religiosas o de cualquier otro tipo. Aunque esta forma de negación puede que no sea un acto político, ya que no tiene lugar en el foro público, está basada en la misma teoría de la justicia que subyace bajo la constitución y dirige su interpretación (Rawls, 1993: 421).

V. Otros motivos de la distinción en el sistema de Rawls: el problema de la fundamentación de la desobediencia civil

La importancia que tiene para Rawls la distinción entre quienes apelan "al sentido de justicia de la mayoría" (Rawls, 1993: 410) y quienes no invocan a las convicciones de la comunidad resulta crucial, además, por motivos que tienen que ver con su propio sistema. Heredero de la tradición contractualista, el autor de *Teoría de la justicia* supone que los principios de justicia que han de regir la sociedad tienen su origen en un hipotético pacto. Sen ha cuestionado esta perspectiva, a la que denomina *institucionalismo trascendental*, alegando que si aceptamos este presupuesto, resultaría imposible sostener que existen obligaciones en el orden internacional respecto de quienes no forman parte del acuerdo originario (Sen, 2011: 56-ss). Pero las consecuencias respecto del orden interno en el tema que nos atañe estriban en que, paradójicamente, la única manera posible que tiene una comunidad para lidiar con sus desavenencias consiste en recurrir a los principios acordados con antelación. Resulta, pues, radicalmente distinta la situación de quien apela a las razones compartidas con el fin de modificar una práctica común, de la de quien esgrime motivos ajenos al contrato y, por lo tanto, no válidos para el conjunto, buscando sólo una excepción que valga respecto de su persona.

La idea de que la crítica social debería partir de los valores compartidos resulta sin duda atractiva. Walzer ha señalado que "la crítica es más poderosa… cuando da una voz a las quejas corrientes de la gente o pone en claro los valores que subyacen a esas quejas" (Walzer, 1993: 23). El crítico, por tanto, tiene un "compromiso apasionado con valores culturales hipócritamente defendidos en el centro y cínicamente descuidados en los márgenes" (Walzer, 1993: 26). Este modo de argumentar puede tener cierta eficacia retórica, y hasta cierto punto podríamos decir que, en efecto, la campaña por los derechos civiles apeló en su lucha contra la segregación —al igual que lo hiciera Lincoln en su cues-

tionamiento de la esclavitud—, a los principios que, establecidos con la sanción de la Constitución, eran compartidos también por los adversarios: "hemos aguardado más de trescientos cuarenta años para usar de nuestros derechos constitucionales y otorgados por Dios", proclama Luther King en su *Carta desde la cárcel de Birmingham*. Pero el argumento, en el caso de Rawls, adolece de cierta circularidad. Si sólo podemos cuestionar la justicia de ciertas prácticas sociales en nombre de los principios de justicia a los que la misma sociedad adhiere, ¿cómo justificar la lucha contra la segregación en Sudáfrica, o movimientos como el de Gandhi en la India, inspirados directamente en la idea de desobediencia civil pero en circunstancias en las que, sin embargo, parece faltar este elemento de contractual previo?

En un célebre adagio, Cicerón invitaba a buscar el derecho "no en los edictos del pretor, como se hace hoy, ni en las Doce Tablas, como nuestros antepasados, sino en el seno mismo de la filosofía", pues, agregaba, "para distinguir una ley buena de otra mala tenemos una regla solamente: la naturaleza". La desobediencia civil nace heredera de esta tradición, que reconoce la posibilidad de acceder a una idea objetiva de justicia, y la postura rawlsiana tiene, sin duda, puntos de contacto con ella,[10] sin embargo, Rawls en ningún momento se reconoce heredero de la misma. Ello explicita a mi entender una ambigüedad subyacente a todo el sistema rawlsiano: no es lo mismo afirmar que el acuerdo *crea* los valores que se deben sostener que afirmar que los principios *preexisten* —como hace Locke con su teoría de la ley natural— y que la función del pacto es sólo la de reconocerlos.

Carlos Nino trató de marcar la diferencia distinguiendo entre un constructivismo ontológico y un constructivismo epistemológico: "Hay autores que sostienen explícita e implícitamente que los principios morales válidos son aquellos que resultan de una

[10] En *La religión en la razón pública*, Iván Garzón Vallejo ha sabido mostrar las convergencias existentes entre la manera en que autores como Rawls y Habermas conciben la razón pública y la teoría clásica de la ley natural. *Cfr.* Garzón Vallejo, 2014: 185-201.

discusión real sometida a ciertas condiciones". Podemos suponer —agrega— que existe una *equivalencia funcional* entre consenso unánime e imparcialidad, pero ambos conceptos no son idénticos. "El resultado del discurso no tiene un valor constitutivo. Pero sí tiene un valor *epistemológico*… La discusión es un buen método, aunque falible, para acercarse a la verdad moral" (Nino, 1989: 388-ss.). Una inquietud similar parece compartir Max Horkheimer con su distinción entre *razón objetiva* y *razón instrumental.* Así, en su *Crítica de la razón instrumental* afirma:

> Los hombres que crearon la Constitución de los Estados Unidos consideraban "la *lex maioris partis* como la ley fundamental de toda sociedad", pero estaban muy lejos de reemplazar mediante decisiones de la mayoría las de la razón... Tales derechos y todos los demás principios fundamentales se tenían por verdades intuitivas. Se los heredaba directa o indirectamente de una tradición filosófica que en aquella época permanecía viva (Horkheimer, 1973: 40).

Y unas páginas más arriba:

> A los ojos del hombre medio el principio de mayoría constituye a menudo no sólo un sustituto de la razón objetiva sino hasta un progreso frente a ésta: puesto que los hombres, al fin y al cabo, son los que mejor pueden juzgar sus propios intereses, las resoluciones de una mayoría —así se piensa— son con toda seguridad tan valiosas para una comunidad como las instituciones de una así llamada razón superior. Pero… la afirmación de que "un hombre es quien conoce mejor..." contiene implícitamente la referencia a una instancia que no es totalmente arbitraria… Si esta instancia resultara ser, una vez más, meramente la mayoría, todo el argumento constituiría una tautología (Horkheimer, 1973: 37).

Luther King claramente no incurre en esta tautología, y aunque no omite remitirse a los valores compartidos, apela, para cuestionar a sus conciudadanos, al orden de la naturaleza, e incluso al de la Revelación. Podrán preguntarse —dice en su *Carta desde la cárcel de Birmingham*—: "¿Cómo pueden ustedes defender

la desobediencia de unas leyes y el acatamiento de otras?". La respuesta:

> …debe buscarse en el hecho de que existen dos clases de leyes: las leyes justas y las injustas. Yo sería el primero en defender la necesidad de obedecer los mandamientos justos. Se tiene una responsabilidad moral además de legal en lo que hace al acatamiento de las normas justas. Y, a la vez, se tiene la responsabilidad moral de desobedecer normas injustas. Estoy de acuerdo con San Agustín en que "una ley injusta no es tal ley".
>
> Pero ¿cuál es la diferencia entre ambas clases de leyes? ¿Cómo se sabe si una ley es justa o no lo es? Una ley justa es un mandato formulado por el hombre que cuadra en la ley moral o la ley de Dios. Una ley justa es una norma en conflicto con la ley moral. Para decirlo con las palabras de Santo Tomás de Aquino: "Una ley injusta es una ley humana que no tiene su origen en la ley eterna y en el derecho natural. Toda norma que enaltece la personalidad humana es justa; toda norma que degrada la personalidad humana es injusta". (5)

VI. Conclusión

Pese a sus ambigüedades, la obra de Rawls se encuentra llena de sugerencias, que merecen ser atendidas. Ya es un lugar común señalar que sus escritos representan el punto de inflexión tras el cual, luego de décadas de predominio positivista, la academia en los Estados Unidos volvió a reconocerle validez a la reflexión ética o "normativa". En efecto, para la tradición positivista los términos valorativos no tienen contenido cognoscitivo, son simplemente expresión de emociones subjetivas. Gracias a la obra de Rawls, el mundo anglosajón se comenzó a cuestionar la validez de esta postura que, podríamos decir en términos de Benedicto XVI, "autolimita la razón".

En segundo lugar, merece rescatarse tanto su valoración de la democracia cuanto su afirmación de que, lejos de reducirse al mero respeto de un conjunto de reglas formales, ella no se

desentiende del problema de la justicia. “He supuesto que alguna forma de la regla de mayorías ofrece su justificación como el medio más eficaz de garantizar una legislación justa y efectiva” (Rawls, 1993: 396). El “aprecio” por esta forma de gobierno puede, sin duda, fundarse en la presunción de que la toma de decisiones mediante procedimientos reglados (el “gobierno por discusión”, del que habla Sen), que garanticen además el respeto por los derechos personales,[11] tiene más posibilidades de llegar a las soluciones adecuadas. Es fácil ver que la propuesta no es estrictamente novedosa: la obra de Rawls es, en gran medida, un comentario “liberal” a la Constitución de los Estados Unidos. Pero conviene situarla en su contexto. Cuando en 1971 se publica *Teoría de la justicia*, a lo largo y a lo ancho de América Latina, por izquierda o por derecha, se cuestionaba el sistema preconizado por Rawls, que, paradójicamente, fuera el elegido por la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la independencia. La convicción de que sólo teniendo formas de gobierno estables puede alcanzarse la justicia merece, con toda seguridad, tenerse en consideración.

En tercer lugar, junto con el valor de la democracia resulta significativa su tesis de que la aceptación de esta forma de gobierno no supone, en modo alguno, la canonización de la voluntad general. No toda norma surgida del consenso puede ser considerada por este único motivo justa, aunque, por principio, y salvo contadas excepciones, tengamos la obligación de respetarla. La posibilidad de que una decisión mayoritaria sea injusta plantea a su vez la pregunta sobre qué significa el disenso en una sociedad plural. Rawls ha tenido el mérito de reflexionar sobre la

[11] “Una parte fundamental del principio de mayorías es que el procedimiento satisfaga las condiciones básicas de la justicia. En este caso, las condiciones son las de la libertad política: libertad de palabra y de reunión, libertad para tomar parte en los sucesos públicos, para influencias por medios constitucionales el curso de la legislación y la garantía del justo valor de estas libertades. Cuando desaparece esta base no se satisface el primer principio de justicia” (Rawls, 1993: 397).

resistencia no violenta. Más allá del deber de intentar evitar que una ley injusta se sancione, nuestro compromiso con la justicia pudiera colocarnos ante la situación de tener que desobedecerla. Por compromiso con la conciencia,[12] pero también como servicio a la comunidad. Los límites a la obediencia, conservando al mismo tiempo el "aprecio" por la democracia, se manifiestan justamente en la institución de la desobediencia civil. La lucha por la integración en los Estados Unidos tiene en este sentido un valor paradigmático. Como bien señala Luther King: "Opino que un individuo que quebranta una ley injusta para su conciencia, y que acepta de buen grado la pena de prisión con tal de despertar la conciencia de la injusticia en la comunidad que la padece, está de hecho manifestando el más eminente respeto por el Derecho". También en este punto el pensamiento de Rawls ofrece materia de reflexión. La experiencia en América Latina indica que frecuentemente se ha considerado sin más que toda ley injusta deslegitima a la autoridad que la sanciona y autoriza la resistencia activa contra la misma: prácticamente no existe golpe de Estado que no haya esgrimido razones de justicia. La negativa a disponer de la vida humana en la guerra y la lucha por los derechos civiles, que fueron las causas que movieron a la desobediencia pacífica, pueden inspirar el modo actuar ante las amenazas que en nuestros días se ciernen sobre la vida naciente.

Queda de todos modos latente la cuestión de qué hacer cuando la sociedad deja de ser *casi justa*. Recordando el debate que tuviera Abraham Lincoln con Stephen Douglas antes de la Guerra Civil, Michael Sandel se interroga si la posición de este último abogando —a fin de poder mantener el acuerdo político— por que a cada estado de la Unión le fuera reservada la competencia de aceptar o rechazar la esclavitud no es análoga a la de quienes

[12] "Hay leyes injustas —Señala Thoreau— ¿Nos contentaremos con obedecerlas o intentaremos corregirlas y las obedeceremos hasta conseguirlo? ¿O las transgrediremos desde ahora mismo?… Si la injusticia… es de tal naturaleza que os obliga a ser agentes de la injusticia, entonces os digo, quebrantad la ley. Que vuestra vida sea un freno que detenga la máquina" (Thoreau, 2009).

en nuestros días defienden que en materia de aborto deberíamos respetar la libertad individual; y plantea la inquietante pregunta de si, por el contrario, la injusticia no es tan grave como para hacer imposible la convivencia (Sandel, 1998: 198-ss).

VII. Bibliografía

ALEXY, R. (s.f.), *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, obtenido de *http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf.*

BONETE PERALES, E. (1998), *La política desde la ética: II, Problemas morales de las democracias,* Barcelona, Anthropos.

CICERÓN, (1978), *De legibus, Tratado de la República, Tratado de las Leyes*, *Catilinarias*, México, Porrúa.

GARCÍA HUIDOBRO, J. (s.f.), *Trece tesis sobre la afirmación, La ley injusta no es ley*. Obtenido de *http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/13_tesis_s_la_afirm_la_ley_inj_no_es_ley.pdf.* Consultado 26/11/2013.

GARZÓN VALLEJO, I. (2014), *La religión en la razón pública*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea-Universidad de La Sabana.

COMPENDIO DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA, (2005), *Justicia y Paz,* Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina, 254-255.

HORKHEIMER, M. (1973), *Crítica de la razón instrumental,* Buenos Aires, Sur.

KING, M. L. (s. f.), *Discurso desde la cárcel de Birmingham. http://www.br.inter.edu/dirlist/Educacion_CienciasSociales_EstudiosHuman/francisco_concepcion/Ciencias%20Politicas/Carta%20desde%20la%20carcel.pdf.* Consultado el 26/11/2013.

LOCKE, J. (1985), *Carta sobre la tolerancia,* Madrid, Tecnos.

MASSINI CORREAS, C. I. (s.f.). *La cuestión de la ley injusta, de Tomás de Aquino a algunos filósofos contemporáneos.* Obtenido de Sociedad Tomista Argentina: *http://cablemodem.fibertel.com.ar/sta/xxxv/files/*

Massini_10.pdf. Consultado el 26/11/2013.

RAWLS, J. (1993), *Teoría de la justicia,* México, Fondo de Cultura Económica.

SANDEL, M. (1998), *Liberalism and the limits of justice,* Cambridge, Cambridge University Press.

SANTIAGO NINO, C. (1989), *Ética y derechos humanos,* Buenos Aires, Astrea.

SEN, A. (2011), *La idea de justicia,* Buenos Aires, Taurus.

THOREAU, Henry David (2009), *Desobediencia civil y otros textos*, Terramar Ediciones, La Plata.

THOREAU, H. D. (s.f.), *Desobediencia civil*. *Http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/desobediencia/desobediencia.html#Desobediencia civil*. Consultada el 26/11/2013.

——— (2009), *Desobediencia civil y otros textos*, La Plata, Terramar.

UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS AD HOC COMMITTEE FOR RELIGIOUS LIBERTY (marzo 2012), *Our First, Most Cherished Liberty A Statement on Religious Liberty. http://www.usccb.org/issues-and-action/religious-liberty/our-first-most-cherished-liberty.cfm.* Consultado el 26/11/2013.

VITORIA, F. d. (1946), *Derecho natural y de gentes, de los indios, relección segunda,* Buenos Aires, Emecé.

WALZER, M. (1993), *La compañía de los críticos,* Buenos Aires, Nueva Visión.

——— (2001), *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos,* Buenos Aires, Paidós.

DE LA IMPARCIALIDAD AL PLURALISMO RAZONABLE Y DEL PLURALISMO A LA CIRCULARIDAD SEMÁNTICA: SOBRE LAS RAZONES DE LA SINRAZÓN PÚBLICA

Pilar ZAMBRANO*

SUMARIO: I. *Introducción: ¿cuál es el legado de Rawls?* II. *¿Cuál es el catálogo de libertades básicas de una concepción política y liberal de la justicia?* III. *Incorporación del principio de prioridad de la libertad al derecho positivo*. IV. *Primer nivel de circularidad: la determinación judicial de las libertades básicas desde el punto de vista del ciudadano común representativo.* V. *Segundo nivel de circularidad: la razón pública como sistema jerárquico y cerrado de valores*. VI. *Tercer nivel de circularidad: creencias generales, sentido común y las conclusiones de la ciencia como criterio de determinación semántica.* VII. *Sobre las razones de la sinrazón pública*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN: ¿CUÁL ES EL LEGADO DE RAWLS?

Es ya un lugar común afirmar que la aparición de la *Teoría de la justicia* en 1971 representa un quiebre en la filosofía política y jurídica del siglo XX y, de modo particular, en el pensamiento liberal anglosajón.[1] Durante los años ochenta Rawls dictó una serie de

* Universidad de Navarra

[1] Rawls, 1971. *A Theory of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press. Aquí se utilizará la traducción al español: 1979, *Teoría de la justicia*, México,

conferencias con el fin de clarificar su posición frente a las líneas de crítica que generó esta obra, que luego fueron recopiladas y en parte reelaboradas en 1993 en *El liberalismo político.*[2] Otro lugar común en la interpretación de la obra de Rawls consiste en señalar que esta segunda etapa muestra un quiebre significativo con relación a la primera. Por ponerlo muy sintéticamente, se apunta que mientras que la *Teoría…* tenía una pretensión de justificación universal, el Rawls del *Liberalismo político* se dirige a un auditorio occidental y por lo mismo más local.[3]

No es tan claro que el quiebre entre una y otra etapa sea tan profundo como se ha sostenido. Ya en la *Teoría…* había elementos suficientes para interpretar que Rawls no se propuso nunca dialogar en términos universales. Como sea, es el mismo Rawls el que señala que el cambio más importante entre una y otra etapa radica, por así decirlo, en la espesura del fundamento deontológico de una concepción liberal de la justicia. En la *Teoría de la justicia,* Rawls se propuso construir una concepción substantiva de la justicia a partir de una concepción kantiana acerca de lo bueno. Rawls confiaba en que una concepción kantiana del bien —que recogió con el nombre de *bien como racionalidad*— era lo suficien-

Fondo de Cultura Económica. En lo sucesivo esta obra se citará como *TJ.* Acerca del impacto de *TJ*, Nozick apunta que la mayoría de las propuestas filosóficas posteriores constituyen bien una defensa, bien una contestación a la alternativa rawlsiana en Nozick, 1988: 183 En sentido parecido, Will Kymlicka sostiene que la *TJ* representó el renacimiento de la teoría política en el ámbito anglosajón en Kymlicka, 1990: 9-52. Entre otros muchos, también coinciden en la relevancia de Rawls en el ámbito anglosajón, Galston, 1991: 220; Hart, 1981: 162; Daniels, 1983: X). Fuera del ámbito liberal anglosajón, pueden consultarse, entre muchos otros, Jürgen Habermas en Habermas & Rawls, 1998: 41; Sanchís, 1990, p. 31; Rodríguez Paniagua, 1997: 683.

2 *Political Liberalism* fue publicado en 1993. Aquí se utilizará la última edición expandida: Rawls, J. (2005). *Political Liberalism,* Nueva York, Columbia University Press. Se citará en lo que sigue como *PL.*

3 Cfr. por ejemplo, Furman, 1997; Sandel, 1994; Waldron, 1991. En realidad, el giro ya había sido señalado por Richard Rorty algún tiempo antes de la publicación de *PL,* en *The Priority of Democracty to Philosophy* 1988; a raíz de las ideas desarrolladas en Rawls, 1980.

temente abstracta como para distinguirse del intuicionismo de valores, y lo suficientemente concreta como para superar la naturaleza condicional del utilitarismo (*TJ*: 112-177, 171, 437-441).

En el *Liberalismo político*, Rawls se propuso, en cambio, una meta de imparcialidad más estricta, según la cual una teoría liberal de la justicia no debía siquiera comprometerse con una concepción del bien como la kantiana (*PL*: XLI-XLIV). Esta mayor exigencia de neutralidad o imparcialidad decantó en conceptos típicos de esta segunda etapa, como los de *consenso entrecruzado*, *concepción política de la persona* y *la sociedad*, o *razón pública.*[4]

En cualquier caso, si el impacto de la teoría de la justicia fue notable, el impacto del *Liberalismo* fue aún mayor, como se revela en la producción académica que generaron estos conceptos claves de su segunda etapa, y en especial el de *razón pública*. Este segundo impacto no fue producto del azar ni, por así decirlo, una suerte de inercia de la fama ganada con la *Teoría*… Rawls acertó, en cambio, en una de las tareas más propias de la filosofía, que es hacer las preguntas adecuadas y hacerlas del modo correcto. En su caso, la pregunta que abre y de algún modo vertebra *El liberalismo político*: "¿cómo es posible la existencia duradera de una sociedad justa y estable entre ciudadanos libres e iguales que no dejan de estar profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables? (*PL,* XXXVIII)".[5]

En efecto, esta pregunta es de indiscutible interés práctico y filosófico. Su interés práctico radica en el diagnóstico de las condiciones en las cuales Occidente intenta construir y conservar sus comunidades políticas desde la reforma protestante del siglo XVI

---

4 Cada uno de estos conceptos disparó debates relativamente autónomos entre sí, como muestra el hecho de que muchas de las obras sobre el pensamiento de Rawls publicadas con posterioridad a *PL* dedican algún capítulo a su discusión. *Cfr.*, por ejemplo, Freeman, 2007; Maffettone, 2010; Melero de la Torre, 2010; y Rodilla, 2006.

5 La traducción está tomada de Dòmenech en Rawls, J. (1996), *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica (esta obra se citará en lo que sigue como *LP*). Sobre la centralidad de esta pregunta en la obra de Rawls véase, entre muchos otros, a Schaeffer,1994: 6; o Freeman, 2007: 326-ss.

y las guerras de religión que le siguieron, a saber: una situación de progresiva fragmentación religiosa que ha derivado en una fragmentación moral y, hoy día también, en una fragmentación cultural. Tal es el nivel de fragmentación de nuestras sociedades occidentales contemporáneas, que se ha puesto en duda la continuidad misma del Estado y de sus notas típicas de soberanía y jurisdicción territorial como modo de organización política (Viola, 2011: 59-82).

Más allá de las discusiones en torno a las consecuencias que la fragmentación pueda tener sobre la continuidad del Estado, hay una relativa coincidencia en relación con sus causas. Entre otras, se apunta a la globalización de la economía y de la cultura, con la consecuente flexibilización de los cánones culturales ligados a territorios concretos; a los cada vez más intensos y masivos movimientos migratorios, y al avance en las comunicaciones (Ballesteros, 2012: 3 y 4). Pero lo cierto es que estos elementos por sí mismos no cuajarían en el hecho del pluralismo y en la fragmentación social, si no fuera dentro del marco jurídico y político de las instituciones liberales o, más precisamente, del constitucionalismo liberal.

En este sentido, y en lo que parece otro de sus grandes aciertos, Rawls señaló que el constitucionalismo liberal no se propuso contener o frenar el pluralismo provocado por la reforma protestante del siglo XVI y las posteriores guerras de religión, hasta que pasara el temblor, y con la esperanza de reconstruir en el futuro una sociedad monolítica. El constitucionalismo liberal se propuso, en cambio, afirmar e incluso fomentar el hecho del pluralismo, como un resultado natural y deseado de la vigencia de sus instituciones (*PL*: XXIV-XXV, 303 y 304).

Con esta advertencia Rawls remarcó que existe una retroalimentación entre la práctica liberal y el pluralismo, de forma tal que la práctica política liberal genera más pluralismo, y el hecho del pluralismo justifica a la práctica política liberal. Esta retroalimentación entre el nivel normativo o de justificación de la práctica liberal, y el nivel sociológico o fáctico al cual se aplica la

práctica, da razón del interés filosófico de la pregunta de Rawls acerca de la posibilidad de conciliar pluralismo y estabilidad.

En efecto, una vez que se advierte que el liberalismo asienta y genera un tipo especial de pluralismo, la pregunta relevante ya no es meramente cómo hacemos para organizarnos de forma justa y estable, a pesar de nuestras profundas diferencias morales. Antes bien, se trata de preguntar si es razonable continuar —o no— con esta dinámica de retroalimentación entre el liberalismo y el pluralismo. Se trata de indagar, en fin, si queremos seguir generando y potenciando el pluralismo al modo en que lo hacen nuestras instituciones liberales y, más todavía, si deberíamos quererlo.

En lo que sigue se intentará ofrecer una respuesta posible para esta pregunta al hilo del análisis de uno de los términos del diccionario rawlsiano correspondiente a su segunda etapa, *la razón pública*. Dentro de los muchos debates que generó este concepto, el estudio se centrará en su virtualidad, para justificar la determinación judicial del sentido de los derechos fundamentales en una práctica constitucional.

Se intentará mostrar que el procedimiento de la razón pública es insuficiente para justificar acabadamente la determinación de las normas de derecho fundamental, y en la misma medida en que es insuficiente, no logra legitimar las decisiones públicas ante un público pluralista. Esta falta de legitimidad genera y asienta un pluralismo de tipo conflictivo, que es difícilmente conciliable con la autoridad moral del derecho. Pero si el concepto de razón pública es insuficiente, no es en cambio inservible. En algunas dimensiones de la propuesta rawlsiana serían perfectamente atendibles si no estuvieran ligadas de raíz al constructivismo conceptual que, según intentaré apuntar, es quizá la explicación última de sus dificultades.

Con este objeto en miras, se recorrerá en lo que sigue el siguiente itinerario: en primer lugar, se describirá el procedimiento que propone Rawls (en parte respondiendo a Hart) para elaborar el catálogo de las libertades básicas que cualquier concepción de

la justicia liberal debería recoger. Este primer paso exigirá abordar lo que él denomina una concepción *política* de la persona o del ciudadano liberal. Una vez descrita la lista o el catálogo de libertades, se procurará determinar cuál es la fuerza o el peso de las libertades frente a los intereses comunes de una comunidad política, y cómo casan o se conectan entre sí las libertades. En este punto se desarrollará lo que Rawls denomina el principio de la *prioridad de la libertad*.

Según se verá, el principio de la prioridad de la libertad es todavía demasiado abstracto para resolver conflictos concretos entre pretensiones de particulares, o entre éstas y el interés común. En este tercer momento será preciso pues avanzar un poco más, y averiguar cuáles son los valores y el tipo de razonamiento propios de la razón pública, adecuados para aplicar los principios de justicia que establecen la *prioridad de las libertades básicas.*

Finalmente, se sistematizarán algunas de las críticas que habrán ido perfilándose en este itinerario descriptivo, y que a grandes rasgos podría resumirse en el dilema de circularidad o tautología. Sobre la base de esta sistematización se intentará responder a la pregunta planteada inicialmente: ¿es razonable o moralmente justificable continuar con la dinámica liberalismo-pluralismo, en los términos en que Rawls describe esta dinámica?

II. ¿Cuál es el catálogo de libertades básicas de una concepción política y liberal de la justicia?

En la *Teoría de la justicia* Rawls propuso un *primer principio de justicia de una sociedad bien ordenada*, según el cual “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso posible de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás” (*TJ*: 82). Este esquema de libertades, además de igual (se reconocía el mismo esquema a todo ciudadano), era prioritario frente a objetivos perfeccionistas o de interés general. El catálogo de este *sistema igual y más extenso posible* de li-

bertades se deducía a partir del concepto (de origen kantiano) del bien como racionalidad que, como se dijo, Rawls confiaba que era lo suficientemente abstracto como para no comprometerse con ninguna concepción perfeccionista de la vida buena. El catálogo de libertades se presentaba, pues, como neutral o imparcial respecto de los ideales perfeccionistas (*TJ*: 85, 598-ss.).

Hart planteó dos objeciones a esta propuesta. Primero, adujo que el contenido del catálogo más extenso posible de libertades no estaba suficientemente justificado. Segundo, señaló que tampoco el modo de fijar o determinar la extensión de cada libertad en particular dentro del sistema parecía justificado (Hart, 1972-1973: 534, 541, 544).

Consciente de la presión de ambos niveles de objeción, en *El liberalismo político* Rawls vinculó el catálogo de libertades a los intereses superiores de la persona o del ciudadano liberal (conceptos que para Rawls son intercambiables) del siguiente modo:

a) El consenso entrecruzado de una sociedad liberal inviste como ciudadano o persona a quien posee dos facultades o aptitudes morales. Una facultad para desarrollar un sentido de la justicia, y una facultad o aptitud para elegir y para desarrollar una concepción racional del bien (*PL*: 35-45).
b) Además de gozar de estas capacidades morales, el ciudadano liberal desea desarrollarlas. En esta medida, todo ciudadano es titular de lo que Rawls denomina *tres intereses fundamentales*: i) un interés en desarrollar su facultad para la justicia; ii) un interés en desarrollar su capacidad moral o capacidad para el bien; iii) un interés en vivir de acuerdo con su propia concepción del bien (*PL*: 84-86).
c) Las libertades básicas que toda sociedad liberal debería reconocer para ser justa, son pues libertades teleológicas. Se reconocen con una finalidad específica, que es el desarrollo de aquellos tres intereses superiores· A esta finalidad Rawls añade una última especificación: las libertades no se ordenan a desarrollar los intereses superiores en cualquier

> caso, sino en lo que denomina *los dos casos fundamentales*. A saber: i) la posibilidad de juzgar acerca de la legitimidad y la justicia de las instituciones políticas fundamentales de una sociedad, y ii) la posibilidad de proyectar, desarrollar y eventualmente modificar un plan de vida (*PL*: 332-ss.).

Traducido este esquema en un vocabulario no rawlsiano, el fin último del reconocimiento de las libertades básicas sería garantizar a todo ciudadano un ámbito de libertad para elegir y desarrollar un proyecto racional de vida (segundo caso fundamental), y para participar de forma activa en la vida política de su país (primer caso fundamental).

Las libertades básicas más importantes son, en este contexto, las que de forma más directa se vinculan con los intereses superiores del ciudadano en los dos casos fundamentales. Según Rawls, encabezarían la lista las libertades de conciencia y asociación, que garantizan que todo ciudadano pueda configurar un plan racional de vida y vivir de acuerdo con el mismo, y las libertades políticas y de pensamiento, que garantizan que todo ciudadano pueda juzgar libremente las instituciones políticas de su país. El resto de las libertades básicas que pueden y deben reconocerse en un Estado constitucional moderno emanaría de la vinculación que pueda establecerse con estas cuatro libertades básicas y con su desarrollo en los dos casos fundamentales.

La definición teleológica de las libertades básicas obliga a Rawls a modificar la formulación del primer principio de justicia. Ya no se trata de garantizar el sistema más extenso de libertades, sino el más adecuado. No se trata de reconocer la mayor cantidad posible de libertad, si es que esto tuviera algún significado, sino más bien de reconocer las libertades necesarias para el desarrollo de la condición de persona o ciudadano. Sólo en la medida en que el ejercicio de la libertad sea conducente a esta finalidad, tiene prioridad sobre el interés general y sobre los ideales perfeccionistas (*LP*: 291, 331-ss.). La prioridad de las libertades básicas se expresa ahora del siguiente modo: "una libertad básica cubierta por el primer principio sólo puede ser limitada en aras de la libertad

misma; esto es, sólo para asegurar la misma libertad, u otra libertad básica diferente sea debidamente protegida, y para ajustar el sistema de libertades de la mejor manera" (*LP*: 254).

A su vez, la igualdad se expresa ahora en la exigencia de que la restricción de la libertad en beneficio de la libertad debe ser igual para todos: "…las libertades de unos no se restringen simplemente para hacer posible una mayor libertad para otros. La justicia prohíbe esta clase de razonamientos en conexión con la libertad, del mismo modo que lo hace a la vista de la suma de ventajas" (*LP*: 254).

En otros términos, todos han de sufrir el mismo tipo de limitaciones en el esquema de libertades básicas, por lo cual la actividad coactiva del Estado no se justifica para *extender* en general la libertad de *los demás*. El clásico principio de daño elaborado por Mill es pues receptado por Rawls en los siguientes términos: únicamente son justificables aquellas restricciones a la libertad necesarias para *conservar* —no para extender— un sistema igual de libertades para todos —no para algunos— (*PL*: 295 y 341).

III. Incorporación del principio de prioridad de la libertad al derecho positivo

Las preguntas que emergen en este punto son varias, y por lo menos las siguientes: primero, ¿de qué forma deberían organizarse las instituciones básicas de una sociedad liberal para asegurar la vigencia de este catálogo mínimo de libertades básicas y de su prioridad? Segundo, ¿desde qué punto de vista se define cuál es la extensión de cada libertad en particular, de forma tal que se justifique su restricción para proteger la misma u otra libertad de terceros, y/o, todavía más difícil, la seguridad común?

Otro modo de hacer la primera pregunta sería: ¿es preciso que toda sociedad liberal sancione una Constitución escrita que reconozca de forma expresa una lista de libertades básicas? A este respecto, la posición de Rawls es clara y contundente: no es esencial al liberalismo que haya una Constitución escrita que

reconozca de forma expresa una serie de libertades; ni tampoco es esencial que el control de la vigencia o respeto de las libertades básicas esté en manos del Poder Judicial o del Legislativo. Ambos asuntos son una cuestión de eficiencia, que se decide teniendo en cuenta la experiencia de las instituciones democráticas en cada contexto histórico concreto (*PL*: 409).

Lo más usual es, sin embargo, que las libertades básicas se reconozcan o incorporen de forma escrita y expresa en las prácticas constitucionales. Cuando esto es así, la incorporación, dice Rawls, se suele hacer por *etapas*. En primer lugar, está la etapa constitucional, donde las cuatro libertades básicas asociadas a los dos casos fundamentales se incorporan al orden jurídico positivo, a través de su reconocimiento constitucional expreso. El efecto y el sentido de este reconocimiento expreso es retirar las libertades básicas de la agenda de discusiones políticas cotidianas, de forma tal que ni el Poder Legislativo ni el Judicial pueden ya discutir acerca de si conviene o no respetarlas, sino, más bien, cuál es el mejor modo de hacerlo (*PL*: 335-340; 356).

En cualquier caso, todo sistema jurídico se funda en un orden constitucional —escrito o no—, cuya justicia depende de que incorpore las cuatro libertades básicas fundamentales y garantice su prioridad frente a los ideales perfeccionistas o al interés general. Cada orden constitucional concreto puede extender este catálogo, y es usual que así sea. Tanto la justicia como la legitimidad de esta lista supletoria de libertades dependen de que se ajuste al particular contexto político para el cual se sanciona la Constitución.

Paralelamente, los legisladores obran de manera justa en la medida en que determinen el contenido y la extensión de las cláusulas constitucionales (que incorporan libertades o derechos fundamentales) con vistas a garantizar su vigencia en las circunstancias políticas en que se produce esta concreción. Finalmente, el Poder Judicial obra de manera justa cuando tiene en miras la vigencia de las cláusulas constitucionales y su determinación legislativa en los casos particulares.

La incorporación y la definición por etapas de las libertades básicas no es una exigencia de los principios liberales de justicia.

Podría optarse por otro mecanismo de reconocimiento o incorporación al orden político. Sin embargo, una vez que se opta por este mecanismo, la legitimidad del procedimiento depende de dos condiciones. Primero, de que en cada nivel se respeten las determinaciones realizadas en los niveles anteriores. Segundo, de que la determinación dentro del margen de decisión que corresponde a cada etapa sea imparcial.

Con el fin de garantizar y evaluar esta imparcialidad, Rawls propone extender el mecanismo de la posición original a cada etapa de decisión, con la salvedad de que el *velo de la ignorancia* se va haciendo cada vez más delgado —en cada etapa quienes deciden conocen más datos acerca de las circunstancias para las cuales deciden—, mientras que las exigencias de lo justo se van ampliando —cada vez es menor el margen de decisión—. En otras palabras, cuanto más concreta es una decisión política y por tanto más limitada es su proyección —nivel judicial— más relevante son los aspectos particulares del caso para el cual se decide y más delgado, pues, el velo de la ignorancia. Contrariamente, cuanto más abstracta es una decisión política y por tanto más amplia su proyección en tiempo y espacio —nivel constitucional— menos relevantes son los aspectos particulares del contexto para el que se decide y más espeso, pues, el velo de la ignorancia (*PL*: 336-340).

IV. PRIMER NIVEL DE CIRCULARIDAD: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS LIBERTADES BÁSICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CIUDADANO COMÚN REPRESENTATIVO

¿Qué queda en limpio hasta aquí acerca del criterio con el cual los jueces deben juzgar acerca de la extensión de cada una de las libertades básicas en los casos concretos? Con un propósito heurístico, puede ser útil evaluar cómo hubieran funcionado las indicaciones rawlsianas en el famoso precedente *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113).

Como es sabido, se trataba en este caso de juzgar la constitucionalidad de una ley penal del Estado de Texas que penalizaba la comisión del aborto en todos los casos, excepto cuando estuviera en riesgo la vida o la salud de la madre. La Corte Suprema analizó el caso a la luz de la enmienda XIV, que establece que ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal. Dejando a un lado ahora la cuestión de si el caso podía ser evaluado a la luz de otra enmienda constitucional, las preguntas que debía resolver la Corte en perspectiva rawlsiana eran, al menos, las siguientes: a) ¿es el feto una persona protegida por la enmienda XIV?; b) ¿la decisión de la madre de abortar, es una manifestación de la libertad protegida por la enmienda XIV?; c) Si el feto es una persona y la decisión de abortar es un ejercicio protegido de la libertad, ¿cómo se define la extensión de una y otro derecho o libertad, de manera que casen en un sistema igual para la madre y para el feto?; d) Si el feto no es una persona, pero la decisión de abortar sí es, en cambio, parte de la libertad protegida ¿puede aún así sostenerse que la protección de la vida del feto es una condición de la *seguridad común*?

De acuerdo con el procedimiento de incorporación de las libertades básicas por etapas, un juez rawlsiano está condicionado en su decisión tanto por el texto y la práctica constitucional como por su determinación o concreción legislativa.[6] Pero como en este caso —y en la mayoría de los casos que tiene que resolver un tribunal constitucional— lo que la Corte debía juzgar era la validez constitucional de la determinación legal, ésta no podía

[6] La autoridad de la práctica constitucional sobre el nivel legislativo de decisión depende tanto del texto constitucional como de la práctica de interpretación y aplicación del mismo. Así como no es una exigencia de los principios de justicia que el procedimiento de determinación se haga por etapas, tampoco determinan estos principios cómo obligan las decisiones de los jueces —o de los tribunales constitucionales— al resto de los poderes de gobierno. De todas formas, sabemos que en Estados Unidos la interpretación de la Corte Suprema tiene un nivel de obligatoriedad paralelo al del texto constitucional, de ahí que un juez rawlsiano estaría en este contexto particular jurídicamente obligado por esta práctica interpretativa.

funcionar al mismo tiempo como objeto y como criterio de decisión sin caer en una petición de principio. De modo que una corte suprema rawlsiana debía juzgar la validez de la norma a la luz del texto y de la práctica constitucional sin más.

No obstante, el texto y la práctica constitucional eran de por sí demasiado abstractas como para fundar el tipo de decisión que debía tomar la Corte. El texto de la Constitución norteamericana no establece quién es persona y quién no lo es, ni mucho menos determina si la decisión de abortar forma parte de la esfera de *libertad* protegida por la enmienda XIV. En cuanto a la tradición de la interpretación constitucional, hablaba tanto del derecho a la privacidad que la Corte usaría finalmente para tomar su decisión como del *valor de la vida humana*.

¿Con qué criterio debía pues la Corte determinar cuál era la extensión o el margen de referencia de los conceptos de privacidad, vida humana y persona? Rawls da una pista más o menos directa para responder a esta pregunta cuando dice que "El ajuste del esquema total de la libertad depende únicamente de la definición y extensión de las libertades particulares. Este esquema habrá de ser evaluado desde el punto de vista del ciudadano común representativo" (*LP*: 236).

Ahora bien, el punto de vista del ciudadano común representativo se resume en los tres intereses superiores y los dos casos fundamentales. Este punto de vista nos diría en este caso, pues, que la extensión de los conceptos indeterminados (privacidad, persona, vida humana) debería determinarse a la luz de estos intereses y de estos casos fundamentales.

Dado que la privacidad es, por definición, el ámbito de libertad en el que el ciudadano se retrae de la vida pública, lo más apropiado es analizarlo a la luz de la libertad de conciencia conexa al *segundo caso fundamental* (el desarrollo de un plan racional de vida). En esta perspectiva, la elección de abortar sería una emanación del derecho a la privacidad si constituyera una condición fundamental para el desarrollo de cualquier plan racional de vida. El camino obligado en este punto es, pues, profundizar

un poco más en el concepto de proyecto racional de vida. ¿Qué es un proyecto racional de vida en la concepción política de persona? ¿Es la elección de abortar un modo de realizar un proyecto racional de vida?

Rawls explica que un proyecto de vida es racional cuando manifiesta "la preferencia en igualdad de circunstancias, de los mayores medios para realizar nuestros propósitos, y el desarrollo de intereses más amplios y más variados suponiendo que estas aspiraciones puedan llevarse a cabo" (*TJ*: 467). La racionalidad de un plan de vida no dice nada acerca de cuáles son los fines o bienes que conviene desarrollar. Se limita, en cambio, a describir el orden que deberíamos plasmar en nuestras elecciones, en atención a los deseos o intereses que —sin otra limitación que el ajuste a los principios de justicia— elegimos como fines para nuestros proyectos. Es una racionalidad de medios, no de fines.

Si la *privacy* es el modo en que la Constitución norteamericana incorpora la libertad de conciencia (en vistas de garantizar el segundo caso fundamental), se concluye que la elección de abortar es un modo posible de ejercer este derecho. En realidad, dado que la racionalidad no distingue entre fines u objetivos, no hay razones ni para incluir ni para excluir al aborto de ningún plan racional de vida. Todo dependerá de los deseos e intereses en torno a los cuales se estructure cada plan de vida en particular.

El problema que ya a estas alturas se manifiesta con alguna evidencia es que el principio de prioridad de la libertad no sólo es una garantía para el ciudadano liberal, sino también un límite. En efecto, la prioridad de la libertad exige al ciudadano que encuadre su plan racional de vida dentro del esquema de libertades, de manera tal que su desarrollo no involucre violaciones al esquema de libertades de los demás. De manera que por mucho que un plan racional de vida incluya la elección de abortar como un modo de realizar los deseos o intereses más profundos, todavía hay que determinar si estos deseos o intereses afectan el espectro central de otras libertades o el orden público. Para lo cual es preciso determinar cuál es la extensión o referencia de los otros dos conceptos indeterminados: el de persona y el de vida humana.

La Corte norteamericana advirtió este punto con toda claridad, cuando señaló que si la pretensión de los recurrentes de que el feto era una persona en el sentido constitucional del concepto, el caso se resolvería en contra de la pretensión de Roe de liberalizar el aborto (410 U.S. 157). Ahora bien, el análisis de las libertades básicas y los casos fundamentales podría, hasta cierto punto, servir como criterio para determinar si un ejercicio de libertad está o no amparado por el principio de prioridad de la libertad. Pero no es conducente para determinar, en cambio, quién es persona o titular de libertades en sentido constitucional. El principio de prioridad de la libertad funciona sobre la base del presupuesto de que ya se ha definido quién es titular de libertades y quién no. Presupone el reconocimiento de la personalidad, no lo fundamenta. De modo que el juez rawlsiano debe hacer en este punto un esfuerzo interpretativo adicional, e intentar determinar cuál es la referencia del concepto constitucional de persona a la luz del concepto político de persona, sin más.

Pero este esfuerzo conduce una vez más al punto de partida. La concepción política de la persona se refiere al sujeto titular de una facultad para el bien y una facultad para lo justo, pero no determina cuál es el estado mínimo de desarrollo de ambas capacidades. La concepción política de persona, tal como la describe Rawls, no parece ofrecer mayores precisiones que las que ofrecían el texto y la práctica constitucional norteamericana al momento de plantear el caso *Roe*. En este *lapsus* de silencio entra en escena la razón pública como procedimiento de decisión política.

V. Segundo nivel de circularidad: la razón pública como sistema jerárquico y cerrado de valores

En palabras de Rawls, la razón pública es la "razón de los ciudadanos iguales que, como un cuerpo colectivo, ejercen el poder político..." (*LP*: 249). Esta razón *de ciudadanos iguales* se distingue

de otros modos de razonamiento desde un punto de vista tanto material como formal.

El contenido material de la razón pública son los principios y valores comunes a una familia de concepciones liberales de la justicia —y no, en cambio, los principios de la justicia como equidad, que es una entre otras posibles concepciones liberales de justicia— (*PL*: 226). Lo cual resulta en las cuatro libertades asociadas a los dos casos fundamentales y el principio de prioridad de estas libertades por sobre el interés general y los ideales perfeccionistas (*PL*: 223). Desde esta perspectiva material, la razón pública no complementa ni extiende el principio general de prioridad de las libertades básicas, sino que se limita a postularlo como condición de legitimidad del ejercicio del poder político. Por lo mismo, no agrega elementos materiales o sustantivos que orienten la determinación del concepto político de persona. Conviene pues avanzar hacia la dimensión procedimental de la razón pública, con el fin de identificar cuál es el procedimiento legítimo de interpretación o comprensión de estos valores y principios comunes a una familia de concepciones liberales.

Según Rawls, la regulación de las libertades básicas es legítima en la medida en que "Los valores [sustantivos sean] adecuadamente contrapesados o combinados, o unidos de alguna forma, según los casos, de manera que sólo esos valores proporcionen una respuesta pública razonable a todas, o a casi todas, las cuestiones relacionadas con las esencias constitucionales y los asuntos de justicia básica" (*LP*: 260).

Esta sentencia ofrece una primera orientación clara acerca de las condiciones de legitimidad de la interpretación del significado y la extensión de los valores y principios de la razón pública. A saber, los valores y principios de la razón pública conforman un sistema cerrado y autosuficiente, que no autoriza recurrir a parámetros axiológicos y/o normativos extrasistemáticos.[7] La

[7] La razón pública no plantea iguales exigencias argumentativas a los ciudadanos que a los jueces. En el primer caso, Rawls admite que puedan explicitar —en casos excepcionales— cuando discuten en el foro público cuál es la

determinación interpretativa del sentido de los valores y principios de la razón pública ha de surgir, pues, de sus distintas combinaciones posibles. La pregunta que sigue es bastante obvia: ¿y cómo se balancean internamente los valores de la razón pública? ¿Con qué criterio se determina qué valores son más relevantes que otros? Más importante: ¿con qué criterio se determina el significado y la extensión de cada uno de los valores y principios?

Rawls desarrolló de forma explícita en qué consiste este balanceo intrasistemático entre valores cuando abordó, precisamente, el problema del aborto:

> Supongamos... que consideramos la cuestión en términos de estos tres valores políticos importantes: el debido respeto a la vida humana, la reproducción ordenada de la sociedad política a lo largo del tiempo, incluyendo de alguna forma a la familia, y finalmente la igualdad de las mujeres como ciudadanos iguales. (Evidentemente, aparte de éstos, hay otros valores políticos importantes). Yo creo, entonces, que cualquier balance razonable entre estos tres valores dará a la mujer un derecho debidamente cualificado a decidir si pone o no fin a su embarazo durante el primer trimestre [pues]... en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro, y se necesita un derecho para darle a ese valor toda su substancia y toda su fuerza. Aunque los introdujéramos en el balance, otros posibles valores políticos no cambiarían en mi opinión esta conclusión... Cualquier doctrina comprehensiva que lleve a un balance de los valores políticos que excluya ese derecho… es, en esta medida, irrazonable; y puede llegar a ser incluso cruel y opresiva; por ejemplo si se niega el derecho en cualquier caso, salvo en los de violación e incesto... (*LP*: 278 y 279).

Rawls identifica tres valores sustantivos involucrados en el problema del aborto: el debido respeto a la vida humana, la reproducción ordenada de la sociedad política a lo largo del tiem-

---

concepción comprehensiva desde la cual interpretan los valores de la razón pública. Este recurso está en cambio vedado siempre para los jueces (y, particularmente, para los jueces de la Corte Suprema). *Cfr. PL*: 235.

po, incluyendo de alguna forma a la familia, y la igualdad de las mujeres como ciudadanos iguales. Hace también alusión a otros valores, pero no los nombra, así que conviene centrarse en el modo en que combina y sopesa los valores que sí nombra, lo que es de por sí muy elocuente.

Conviene en especial analizar el modo en que balancea los valores de la vida y la reproducción de la sociedad, por una parte, y la igualdad de las mujeres, por otra. En este sentido, apunta: "…en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro, y se necesita un derecho para darle a ese valor toda su substancia y toda su fuerza" (*LP*: 278 y 279).

Esta aseveración contiene —al menos— tres especificaciones acerca de la estructura de lo que Rawls considera un balance interno legítimo entre valores de la razón pública:

a) Los valores de la razón pública no tienen siempre el mismo peso, sino que es variable de acuerdo con determinadas circunstancias (en este caso, según el estado de avance del embarazo).
b) De entre los distintos valores que conforman la razón pública, la igualdad tiene un lugar jerárquico superior: predomina sobre el resto de los valores políticos que conforman la razón pública. Por ello, el valor de la igualdad se ampara mediante el reconocimiento de *derechos*.
c) Los demás valores políticos ceden frente a los derechos, precisamente porque los derechos son la expresión del valor político de la igualdad que ocupa el mayor rango jerárquico.

En conclusión, porque los derechos son la expresión del valor de la igualdad ocupando el mayor rango jerárquico entre los valores de la razón pública, no es legítimo restringir derechos con el fin de garantizar la prevalencia de otros valores políticos distintos de la igualdad (formal). Los balances de valores pueden ser razonables o irrazonables. Son irrazonables cuando hacen valer

por sobre las libertades básicas (o derechos) cualquier otro tipo de valor político, aun cuando se trate de valores que forman parte de la razón pública.

Aplicando este criterio al caso del aborto, Rawls llega a una conclusión sorprendentemente parecida a la que propuso la Corte norteamericana en el caso *Roe:* durante el primer trimestre la elección de abortar no puede ser restringida, porque los valores que justificarían esta restricción (la vida y la reproducción social) son de menor peso que la libertad de conciencia de la madre (igualdad), aplicada a elegir y desarrollar un plan de vida racional —o la privacidad en términos de la jurisprudencia norteamericana—.

A pesar de la aparente sofisticación de este procedimiento de decisión, bien miradas las cosas, una Corte rawlsiana no cuenta todavía con ningún elemento distinto del texto y la práctica constitucional para determinar la extensión del concepto de persona. En efecto, que las libertades básicas (o derechos, en este contexto) son prioritarias frente a ideales perfeccionistas y frente a la promoción del interés general era un punto de partida del razonamiento judicial rawlsiano, no una conclusión. Si el principio de prioridad de la libertad se diera por válido, Rawls está en lo cierto al decir que el valor de la vida humana, considerado abstractamente, no justifica la prohibición del derecho a elegir abortar (que es una manifestación de la libertad de conciencia aplicada al desarrollo de un plan racional de vida).

Pero la pregunta no es si el valor de la vida humana abstractamente considerado justifica o no la restricción de la elección de abortar dentro de un sistema donde los derechos y/o libertades son prioritarias a todo ideal perfeccionista o interés general. La pregunta que todavía no tiene respuesta es, en cambio, si la elección de abortar recae o no sobre una persona y sobre sus derechos. Por supuesto, como ha dicho Andrés Ollero comentando el caso constitucional español sobre el aborto, si la vida se reduce a un valor abstracto, o incluso a un objeto valioso, no hace falta seguir argumentando. Siempre parecerá más relevante

y más urgente proteger un derecho (en este caso el derecho a la privacidad o, en términos de Rawls, a la conciencia aplicada al segundo caso fundamental), que proteger un valor (Ollero Tassara, 2006: 89).

Rawls justifica por qué es irrazonable restringir la elección de abortar en aras de proteger un valor político que no es un derecho, como la vida abstractamente considerada. Lo que no explica es qué combinación o balance de valores sustantivos de la razón pública justifica la determinación de la referencia del concepto político de persona —que es también la interpretación de la Corte norteamericana en *Roe*—, según la cual en los primeros tres meses de embarazo no hay persona —ni, por lo mismo, derechos, libertades e igualdad—.

La descripción *criterial* del significado de la concepción política de persona no ofrece una respuesta acabada a esta cuestión.[8] Una vez más conviene señalar que, aunque las dos capacidades morales puedan tomarse como notas necesarias del significado de persona —con lo cual se excluye, por ejemplo, la personalidad de los animales—, Rawls no arguye ni mucho menos justifica cuál es su grado de desarrollo necesario, si alguno. No es pues analíticamente necesario que las capacidades morales de la concepción política de persona excluyan al feto de su ámbito de referencia. De modo que es preciso insistir en la pregunta: ¿cómo balanceó John Rawls los valores de la razón pública para arribar a esta determinación semántica? Si la razón pública es un sistema cerrado, no podría justificarse ninguna respuesta a esta pregunta recurriendo a criterios conceptuales ajenos a los que están ya dentro de la razón pública.

8 Nos referimos a la teoría semántica, según la cual el significado de los conceptos viene dado por una lista de notas que el uso social del concepto identifica como necesarias y suficientes para su aplicación correcta (*Cfr.* Moore, 2005: 747). De acuerdo con lo desarrollado más arriba, el *uso social* relevante para definir el significado del concepto de persona sería la tradición del pensamiento político liberal, y las notas necesarias y suficientes serían la posesión de las dos facultades morales en vistas del desarrollo de los casos fundamentales.

VI. Tercer nivel de circularidad: creencias generales, sentido común y las conclusiones de la ciencia como criterio de determinación semántica

Dice Rawls que todo actor político, desde el ciudadano hasta el legislador y el juez, debe participar en la vida pública apelando a "creencias generales presentemente aceptadas y a formas de razonar procedentes del sentido común, y a los métodos y a las conclusiones de la ciencia siempre que no resulten controvertidas" (*LP*: 259). Según esto, la interpretación de que el feto no entra en el campo de referencia del concepto político de persona se asentaría en el uso del sentido común, en las creencias generales presentemente aceptadas, y/o en las conclusiones no controvertidas de la ciencia.

En el recurso a las *creencias generales presentemente aceptadas* plantea de forma casi evidente dificultades tanto epistémicas como performativas. Desde el punto de vista epistémico, las preguntas son, por lo menos, las siguientes: ¿cómo se accede a estas creencias y cómo se determina qué creencias son relevantes para zanjar asuntos políticos controvertidos que dividen a la sociedad? Desde el punto de vista performativo, ¿la remisión a las creencias generales no es acaso una abdicación del principio de prioridad de la libertad por sobre el interés general?

Rawls es más o menos consciente de estas limitaciones, y con estas dificultades en miras propone condiciones para el uso tanto legítimo como eficaz de *las creencias generales* por parte de los tribunales.

Luego de distinguir entre balances razonables e irrazonables de los valores de la razón pública, Rawls apunta que muchos asuntos —incluido el del aborto— admiten muchas combinaciones posibles de los valores de la razón pública. Señala además que, puesto que el objeto de la razón pública no está dado por una única concepción liberal de la justicia, sino por una familia de concepciones liberales de justicia, es común o recurrente que

existan diferentes respuestas para una misma cuestión, y que todas las respuestas sean combinaciones aceptables de los valores de la razón pública (*PL*: 240). En otras palabras, la razón pública no arroja necesariamente, ni es preciso que así lo sea, una única respuesta correcta para cada caso.

Pero como un tribunal constitucional tiene que decidir, y decidir es optar, la pregunta obvia es ¿cómo opta un tribunal entre soluciones que son igualmente razonables o, lo que es lo mismo, entre soluciones igualmente compatibles con los valores de la razón pública? Rawls propone que en estos casos un tribunal constitucional debería recoger las opciones *razonables* realizadas en el nivel de la política ordinaria. En este sentido, explica que

> Una constitución no es lo que el tribunal supremo dice que es. Es, antes bien, lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas, permite eventualmente al tribunal supremo decir que es. Una particular interpretación de la constitución puede ser impuesta al tribunal mediante enmiendas, o a través de una amplia y continuada mayoría política... El propósito de las enmiendas es ajustar los valores constitucionales básicos a las cambiantes circunstancias políticas y sociales, o incorporar a la constitución una comprensión más amplia y más inclusiva de estos valores (*LP*: 273 y 274).

En esta inteligencia, las *creencias generales* relevantes para un tribunal constitucional son las que decantan a través del proceso político ordinario. Volviendo a las preguntas en *Roe:* ante la inexistencia de una tradición interpretativa asentada acerca de la personalidad constitucional del feto, la Corte debería haber resuelto el asunto atendiendo al criterio de una *amplia y continuada mayoría política* expresándose en el plano legislativo.

Este criterio no parece dar mucho de sí, si se tiene en cuenta que se trataba de revisar la constitucionalidad de una norma, y la revisión constitucional de las leyes es por definición contramayoritaria. Hubiera sido una contradicción performativa aducir que una norma es inconstitucional porque contraría la opinión

pública mayoritaria, cuando la revisión constitucional de las normas trata precisamente de poner freno a las mayorías políticas.

Quizá atendiendo a esta objeción, Rawls limita el rol de las mayorías recordando que su espacio de acción está doblemente limitado o enmarcado por los valores políticos de la razón pública —las mayorías no pueden agregar ni quitar valores a la razón pública— y por las tradiciones arraigadas de su interpretación. En la verificación del respeto a este doble límite —que no es otra cosa que el límite de lo razonable— se trastocan los roles. El tribunal supremo no solamente se libera de sus ataduras al consenso político ordinario, sino que, más aún, asume ahora una posición de control sobre él mismo:

> El tribunal podría decir entonces que una enmienda... contradice fundamentalmente la tradición democrática del régimen democrático más antiguo del mundo... ¿Significa eso que la Carta de Derechos y otras enmiendas están blindadas? Bien, están blindadas en el sentido de que están validadas por una larga práctica histórica. Pueden ser enmendadas por las vías antes mencionadas, pero no simplemente rechazadas y cambiadas de signo. Si eso llegara a ocurrir, ...se trataría de una ruptura constitucional, de una revolución en el sentido propio de la palabra, y no de una enmienda válida de la constitución. La práctica exitosa de sus ideas y principios a lo largo de dos siglos restringe lo que ahora puede contar como una enmienda válida de la constitución… (*LP*: 274).

Otra vez la vuelta al punto de inicio; ante la indeterminación de la extensión del concepto constitucional y político de *persona*, el juez debía atenerse a las creencias generales manifiestas en las elecciones de las mayorías legislativas constantes, siempre que estas elecciones se hubieran ceñido a optar por uno de entre los muchos posibles balances razonables de los valores de la razón pública.

Sin embargo, la afirmación de la personalidad del feto en los primeros tres meses de embarazo no es para Rawls una opción

interpretativa tan razonable como otras, sino una determinación manifiestamente irrazonable. Y en la discriminación entre interpretaciones y balances razonables e irrazonables la relación de condicionamiento conceptual entre las creencias y el contenido de la razón pública se invierte. Ya no son las creencias generales las que legítimamente condicionan el significado y la extensión de los valores y principios de la razón pública, sino más bien al contrario. Es la razón pública la que sirve de filtro para distinguir entre creencias políticamente razonables y creencias políticamente irrazonables (*PL*: 239).

Quedan pues las conclusiones de la ciencia y el sentido común. Las conclusiones de la ciencia, controvertidas o no, se limitan al campo de lo fáctico, con lo cual a lo sumo podrán clarificar los extremos de hecho vinculados con el reconocimiento o no de la personalidad política del feto. Como señalaron por ejemplo las cortes supremas de Argentina, Chile y Perú, la ciencia apunta que desde el primer momento de la fecundación está presente toda la información genética relevante para el reconocimiento de un individuo de la especie humana.[9] Pero, una vez más, no se trataba en el caso *Roe* de resolver si el feto es o no un individuo de la especie humana, sino más bien si este individuo está dentro del campo de extensión del concepto constitucional y/o político de persona. Sobre esto la ciencia tiene poco que decir, pues ya no se trata de describir hechos, sino de juzgar si estos hechos conforman o no la referencia de un concepto político y jurídico (el de persona).[10]

El sentido común parecería entonces central en la valoración, tanto de la relevancia jurídica y política de los datos que aporta

---

[9] *Cfr. T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, *Fallos*: 324: 5 (2001); y *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*, *Fallos:* 325: 292 (2002), de la Corte Suprema Argentina; la Sentencia Rol 740, 18/04/08, del Tribunal Constitucional chileno (TCC); y a la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el expediente 02005-2009.

[10] Sobre las limitaciones del argumento científico para determinar la personalidad jurídica del *nasciturus, cfr.* Zambrano, 2012: 135-157.

la ciencia, como acerca del sentido de los valores y principios que componen la razón pública. Pero, ¿qué es el sentido común? ¿No es acaso otro modo de denominar a la prudencia, o la facultad de decidir con justicia los casos concretos? Si es así, dentro del sistema cerrado de valores la razón pública, no se tratará del sentido común de una persona concebida metafísicamente (no será el sentido común que intenta leer o comprender la realidad a la cual se aplica el concepto), sino el sentido común de una persona concebida políticamente, en términos rawlsianos. Esto es, el sentido común de un sujeto que actúa motivado y guiado epistémicamente por los tres intereses superiores del ciudadano democrático.

Una vez más, se vuelve al punto de partida. El sentido común del ciudadano liberal no agrega ningún elemento nuevo que sirva para determinar la extensión del concepto político de persona, por la sencilla razón de que este sentido es *del ciudadano liberal*, sólo en la medida en que se ciña a la concepción política de persona. De lo contrario se transformaría *ipso facto* en el sentido común de una persona concebida en términos morales, religiosos o metafísicos y, en esa misma medida, en un sentido común ilegítimo.[11]

VII. Sobre las razones de la sinrazón pública

A lo largo de este trabajo se han recorrido tres niveles del razonamiento interpretativo judicial, con especial foco en la determinación judicial del significado y de la extensión de las libertades básicas. El punto de vista del ciudadano común representativo, en primer lugar; el balance dentro del sistema jerárquico y cerrado de valores de la razón pública, en segundo lugar; y finalmente, las creencias generales, las conclusiones de la ciencia y el sentido común del ciudadano democrático. Los tres estadios interpretativos confluyeron en una misma y única indicación circular o tautoló-

[11] He desarrollado más ampliamente estas insuficiencias en Zambrano, 2004: 82-ss.; 2001: 871-883; 2005b: 121-141; y 2005a: 869-887.

gica, según la cual el procedimiento legítimo para fijar la extensión (y referencia) de la concepción política de persona es volver a considerar las notas características contenidas en su significado o definición (sus dos facultades morales y sus intereses superiores).

Vale en este estadio preguntarse porqué esta circularidad y porqué el consecuente fracaso del empeño de Rawls por superar aquella crítica temprana de Hart, según la cual Rawls no acertaba a justificar ni el catálogo de libertades ni el significado de cada una en particular. Una respuesta plausible a esta pregunta apunta a la interpretación rawlsiana de las exigencias de imparcialidad, a la consecuente concepción del pluralismo como valor —y no meramente como hecho— y, en última instancia, a la teoría semántica que subyace a una y otra cosa.

La imparcialidad es para Rawls la nota necesaria y suficiente de una concepción liberal de la justicia. No la imparcialidad respecto de los intereses, que son por definición particulares, sino también la imparcialidad respecto de concepciones comprensivas del mundo y, más concretamente, de concepciones perfeccionistas de la vida buena o lograda. Aunque en la *Teoría de la justicia* la pretensión de imparcialidad aparece manifiesta en la doctrina de la *prioridad de lo justo*, Rawls juzgará más tarde en *El liberalismo político* que la concepción de justicia desarrollada en aquel primer libro no fue lo suficientemente imparcial. Entre otras cosas, porque el ideal de imparcialidad había sido mal formulado. No se trata simplemente de fundar la teoría de la justicia en una concepción de lo bueno que fuera lo suficientemente abstracta y formal como para acoger en su seno otras muchas concepciones de lo bueno. Se trata de cortar todo vínculo de derivación conceptual entre lo justo y lo bueno.

Estas exigencias reforzadas de imparcialidad (teórica y práctica) son a su vez la respuesta a unas exigencias reforzadas del pluralismo, considerado como hecho y como valor social al mismo tiempo. El pluralismo de las sociedades liberales tomado como hecho no requiere explicación ni adjetivación. Es la notoria fragmentación de la sociedad en las más diversas concepciones morales, comprehensivas y culturales.

Sin embargo, el pluralismo como valor o ideal liberal no es cualquier pluralismo, sino el tipo de pluralismo que la práctica liberal puede y quiere producir. Es el efecto deliberado de la práctica liberal que, por lo mismo que es deliberado, es también su razón justificativa.

Este pluralismo-valor no es la fragmentación sin más, sino la fragmentación entre las concepciones comprehensivas que puedan adherir a las ideas implícitas en la tradición del pensamiento liberal. En este pluralismo *razonable* y, por lo mismo, restringido, el ciudadano liberal tiene libertad para idear y desarrollar planes de vida compatibles con el ideal del ciudadano liberal, pero no tiene libertad para aceptar o rechazar este ideal. La concepción liberal de la justicia no es pues el resultado de una indagación acerca del trato o del respeto debido en justicia a una persona concebida en términos *metafísicos*, ni mucho menos de un trato coherente con la plenitud o la excelencia de la vida humana. La relación cognitiva se invierte, y ahora son las concepciones de persona y de vida lograda las que deben construirse sobre la base de la teoría liberal de lo justo.

La inversión en el orden de fundamentación o justificación implica una teoría semántica *tradicional*, según la cual los conceptos no se abstraen ni se reconocen, sino que se construyen con el uso. Más concretamente, el uso de los conceptos determina su significado, y el significado determina su extensión o ámbito de referencia.[12]

---

[12] La alternativa entre otorgar prioridad a la referencia o al significado en la determinación del sentido de los conceptos fue desarrollada en el ámbito de la filosofía del lenguaje por Saul Kripke y Hillary Putnam, en Kripke, 1980; y Putnam, 1975. Estas teorías fueron aplicadas al problema de la indeterminación jurídica por Moore, 2001: 2091-ss., y con algunas diferencias también por Nicos Stavropoulos, en *Objectivity in Law*, cit., y David Brink, 2001: 12-65. Para una revisión crítica de estas teorías puede consultarse Bix, 2003: 281-295. Sobre el rol de la semántica como límite a la creatividad interpretativa cfr., por ejemplo, Wróblewski, 2001: 108. He defendido la necesidad lógica de una semántica realista en la interpretación de los derechos fundamentales en Zambrano, 2009b; 2009c: 131-152; y 2009a: 20-40.

Sobre esta base, cuando Rawls insiste en que la concepción liberal de persona es *política no metafísica*, lo que se propone aclarar es que se trata de un producto de la práctica y de la tradición del pensamiento liberal. Más concretamente, indica que la concepción liberal de persona se construye con el uso del concepto de persona dentro de la tradición política y académica liberal, en conexión con los demás conceptos que integran su campo semántico —como por ejemplo, el de *sociedad bien ordenada*, o el de *ciudadano*— (*PL*: 14 y 29).

Por la misma razón que en el orden de justificación, las ideas sobre lo justo tienen prioridad sobre las ideas acerca de lo bueno, en el orden semántico el uso constructivo de las ideas políticas tiene prioridad sobre el uso constructivo de las ideas morales. De forma que el orden de prioridades en la fijación del significado de los conceptos liberales sería como sigue: a) el uso de determinados conceptos acerca de lo justo dentro de la tradición liberal fija su significado; b) el significado determina su referencia; c) sobre la base de esta dinámica constructiva cada *ciudadano liberal* es libre de construir todos los conceptos morales y metafísicos que desee, siempre y cuando sean compatibles la plataforma conceptual política.

El *uso* político de los conceptos aparece como un hecho social capaz de construir el significado y la referencia de los conceptos y, por lo mismo, como parámetro último de su interpretación y comprensión. Es muy ilustrativa en este sentido la enfática insistencia de Rawls según la cual afirmar que una concepción política de la persona no es una concepción metafísica no implica negar su conexión material con las más diversas concepciones metafísicas de la persona —realista, idealista o materialista— (*PL*: 29, n. 31).

Pero si Rawls no niega la validez de esta conexión material ¿a qué se refiere exactamente cuando niega el carácter metafísico de la concepción política de persona? Lo que Rawls parece aclarar no es tanto el contenido como el origen de la concepción política de persona. En este sentido, cuando Rawls afirma que

una persona es titular de dos facultades morales, no es porque la tradición del pensamiento liberal haya reconocido o abstraído nada a partir de una contemplación de la naturaleza humana; se trata, en cambio, de una idea *implícita en el pensamiento democrático* cuya aceptabilidad radica no en su veracidad, sino en el hecho mismo de estar implícita en esta tradición de pensamiento, y en la consecuente presunción de que es inteligible para el sentido común del normal de los ciudadanos (*PL*: 14).

Pero ¿qué quiere decir exactamente que una idea esté implícita en el pensamiento democrático? Quiere decir que se comparte su uso como mínimo en lo que concierne al significado y, como máximo, en lo que concierne a las reglas que rigen su aplicación a casos concretos. En el primer caso, se trataría de un concepto; en el segundo, de una concepción. El concepto posee en el pensamiento de Rawls un grado mayor de abstracción que las concepciones y, en la misma medida, un grado mayor de consenso o confluencia en el uso (*PL*: n. 15). En cualquier caso, cuando Rawls dice que la concepción política es inteligible, está afirmando que los partícipes de la tradición liberal comparten tanto una misma comprensión del significado de *persona* como las reglas que rigen su aplicación a los casos concretos y, por lo mismo, su campo de referencia.

Ahora bien, ¿es lógicamente admisible la suposición de Rawls de que una y otra cosa son inteligibles para el ciudadano común? ¿Puede el mero uso de los conceptos generar sin más la comprensión e inteligibilidad de su significado y la identificación de su campo de referencia?

Lo cierto es que, como tan lúcidamente puso de manifiesto John L. Austin, usar conceptos es algo más que emitir ruidos o hacer grafismos. Usar conceptos es, ante todo, representar —dimensión ilocucionaria— y hacer cosas —dimensión performativa— (Austin, 1962: 98-ss.). De forma que cuando la semántica convencional, y Rawls en particular, indica que el *uso* de los conceptos es el parámetro o criterio último tanto de la construcción como de la inteligibilidad de los conceptos, se refiere a algo más

que a un fenómeno físico. Se refiere a la costumbre dentro de una determinada comunidad lingüística —la tradición liberal— de conectar un mismo (o análogo) hecho físico —la emisión o la escritura de determinadas palabras y juicios— o con una misma (o análoga) dimensión simbólica y performativa.

Las preguntas en este punto son muchas y, por lo menos, las siguientes: primero, ¿cómo es posible que los distintos actores de la comunidad lingüística liberal confluyan en la misma (o análoga) dimensión simbólica y performativa de los actos del habla? Si se quiere, se puede hilar todavía un poco más fino y preguntar: ¿cómo sabemos nosotros, observadores externos de la tradición liberal, cuál es la dimensión simbólica y performativa en la que confluyen quienes usan las *ideas implícitas en la tradición liberal*?

La dimensión simbólica y performativa de los actos del habla no está manifiesta en su dimensión física. No es obvio que las letras que componen la palabra *persona* se conecten simbólicamente con las letras que componen el enunciado *facultades morales*. La dimensión simbólica y performativa, o, si se quiere, el sentido con que se usan los conceptos, no se manifiesta ni en los sonidos que emitimos al pronunciar palabras ni en los grafismos que usamos para escribirlas, sino en los contextos en que se usan.[13]

Pero, una vez más, el contexto en el que se usan los conceptos no es un hecho físico, sino una práctica social. Y una práctica social, como todo acto humano individual o social, no puede comprenderse si no es a la luz de sus fines propios. De forma que afirmar que existe una confluencia en el uso de conceptos dentro de la tradición liberal implica afirmar que existe una confluencia en el modo de comprender los fines de la práctica política liberal.

La pregunta podría pues reformularse del siguiente modo: ¿cómo se manifiesta la confluencia en el modo de comprender

[13] Es un lugar común señalar la relevancia del contexto para determinar el sentido de los actos del habla, al menos desde que Wittgenstein introdujo en sus *Investigaciones filosóficas* la noción de los *juegos del lenguaje*. *Cfr.* Wittgenstein, 1997. Las referencias bibliográficas posibles para esta afirmación son casi infinitas. Para una muestra de algunas de las más relevantes en el campo de la interpretación jurídica puede consultarse Zambrano, 2009b: 2-ss.

los fines de la práctica política liberal? Esta pregunta es relevante tanto en lo que respecta al uso constructivo de los conceptos, mediante el cual se amplía su campo de referencia, como a su uso ordinario, que se limita a aplicar los conceptos a su campo habitual de referencia. En cualquiera de los dos casos se presupone que los usuarios (jueces, legisladores, ciudadanos expresándose en el foro público) parten de una comprensión común tanto del significado como de la referencia focal de los conceptos, y, por lo dicho, de una comprensión común de los fines de la práctica.

Sin embargo, al igual que la práctica liberal en su conjunto, sus fines se construyen mediante la realización de determinados actos del habla. Se construyen mediante todos los actos del habla a los que Rawls atribuye el poder de construir la tradición liberal: una tradición de interpretación de la Corte Suprema (¿qué Corte Suprema? cabe preguntar); una interpretación de lo justo mantenida de modo constante en el pensamiento liberal (¿qué autores?); o afirmada por una mayoría legislativa que se continúa en el tiempo (¿cuánto tiempo y qué legislatura?) (*PL*, 8: 237 y 238).

Claro que todavía hay que interpretar el sentido de estos otros actos del habla, que manifiestan una determinada comprensión de los fines de la práctica liberal. Cerrado el acceso a lo real para interpretar el sentido de estos otros actos del habla, el único camino es conectarlos con otros conceptos, cuyo significado resulta por alguna razón más visible o inteligible. Ya se vio que Rawls afirma sin hesitación que la concepción de persona es uno de estos conceptos *linterna*, por así llamarlo, que da luz al resto de la cadena conceptual. La pregunta obvia en este punto es: ¿cuál es la raíz de la inteligibilidad de estos conceptos primarios? Las alternativas son dos.

O bien estos conceptos son intrínsecamente inteligibles, o bien se conectan con otros conceptos que son intrínsecamente inteligibles. De lo contrario, la cadena conceptual continúa des-

plegándose hasta el infinito, y por lo mismo que es infinita carece de toda inteligibilidad.[14]

Ya se ha mostrado suficientemente que Rawls no puede acogerse a la primera alternativa sin renunciar a lo más esencial de su propuesta, que es precisamente su convencionalidad radical. En este contexto, la circularidad de la teoría rawlsiana de la interpretación es una concreción de la circularidad que cualifica a cualquier teoría semántica constructiva o convencional. Si la determinación del campo de referencia del concepto de persona en Rawls aparece como injustificada, es porque gira en el vacío. Si Rawls no puede dar razones de la exclusión del feto es porque no las hay, desde el momento en que la realidad es construida por el lenguaje liberal, y no *viceversa.* El costo de lo atractivo que pueda resultar reemplazar lo verdadero por lo aceptable o el uso conceptual por lo real se muestra quizá demasiado alto. No la legitimidad, sino la misma inteligibilidad del derecho.

VIII. Bibliografía

Austin, J. L. (1962), *How to do Things With Words,* Oxford, Clarendon Press.

Ballesteros, J. (2012), "From Chrematistic Rest to Humanist Wakefulness", en Ballesteros, Jesús, *Globalization and Human Rights: Challenges and Answers from a European Perspective*, Valencia, Springer.

Bix, B. (2003), "Can Theories of Reference and Meaning Solve the Problem of Legal Determinacy?", *Ratio Iuris , 3* (13).

Brink, D. (2001), "Legal Interpretation, Objectivity and Morality", en B. L. (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press.

[14] Sobre el regreso al infinito que cualifica a cualquier teoría del conocimiento que prescinda por completo de la abstracción en el nivel conceptual, cfr. Llano & Inciarte, 2007, 81 y ss.

DANIELS, N. (1983), "Introduction", en N. D. (ed.), *Reading Rawls,* Oxford, Basil Blackwell.

FREEMAN, S. (2007), *John Rawls,* Nueva York, Routledge.

FURMAN, J. (1997), "Political illiberalism: The Paradox of Disenfranchisement and the Ambivalences of Rawlsian Justice", *Yale Law Journal* (106), 1197-1231.

GALSTON, W. A. (1991), "Practical Philosophy", en LACEY, M. J. & K. H. (eds.), *A culture of rights,* Cambridge, Cambridge University Press.

HABERMAS, J., & RAWLS, J. (1998), *Debate sobre el liberalismo político,* Barcelona, Paidós.

HART, H. L. (1972-1973), "Rawls on Liberty and its Priority", *University of Chicago Law Review* (40).

— (1981), "Utilitarismo y derechos naturales", *Anuario de Derechos Humanos, 1*.

KRIPKE, S. (1980), *Naming and Necessity,* Oxford, Blackwell.

KYMLICKA, W. (1990), *Contemporary Political Philosophy,* Oxford, Clarendon Press.

LLANO, A., & Inciarte, F. (2007), *Metafísica tras el final de la metafísica,* Madrid, Cristiandad.

MAFFETTONE, S. (2010), *Rawls: An Introduction,* Cambridge, Polity Press.

MELERO DE LA TORRE, M. C. (2010), *Rawls y la sociedad liberal,* Madrid, Plaza y Valdés.

MOORE, M. (2001), "Constitutional Interpretation and Aspirations to a Good Society: Justifying the Natural Law Theory of Interpretation", *Fordham Law Review* (69), 2091 y ss.

——— (2005), "Can Objectivity be Grounded in Semantics", en CÁCERES NIETO, Enrique, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM.

NOZICK, R. (1988), *Anarquía, Estado y utopía.* México, Fondo de Cultura Económica.

OLLERO TASSARA, A. (2006), *Bioderecho: entre la vida y la muerte,* Madrid, Thomson Aranzadi.

PUTNAM, H. (1975), "The Meaning of Meaning", en PUTNAM, H., *Mind, Language and Reality.* Cambridge, Cambridge University Press.

RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice,* Cambridge, Cambridge University Press.

——— (1979), *Teoría de la justicia,* México, Fondo de Cultura Económica.

——— (1980). "Kantian Constructivism in Moral Theory: Rational and Full Autonomy", *Journal of Philosophy* (7), 519.

——— (1993), *Political Liberalism,* Nueva York, Columbia University Press.

——— (1996), *El liberalismo político,* Barcelona, Crítica.

——— (2005), *Political Liberalism,* Nueva York, Columbia University Press.

RODILLA, M. Á. (2006), *Leyendo a Rawls,* Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M. (1997), *Historia del pensamiento jurídico (II),* Madrid, Universidad Complutense.

ROE vs. Wade, 410 (U.S. 113 1973).

RORTY, R. (1988), "The Priority of Democracty to Philosophy", en PETERSON, M. D. & R. C. (eds.), *The Viriginia Statute of Religious Freedom*, Cambridge, Cambridge Univertity Press.

SANCHÍS, L. P. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales,* Madrid, Debate.

SANDEL, M. (1994), "Political Liberalism", *Harvard Law Review* (107), 1781.

SCHAEFFER, F. (1994), "The Appeal of Political Liberalism", *Ethics*, 6.

VIOLA, F. (2011), "La vía europea de la razón pública", *Persona y Derecho*, 64 (65).

WALDRON, J. (1991), *Law and Disagreement,* Oxford, Clarendon Press.

WITTGENSTEIN, L. (1997), *Philosophical Investigations,* Oxford, Blackwell.

WRÓBLEWSKI, J. (2001), *Sentido y hecho en el derecho,* México, Doctrina Jurídica Contemporánea.

ZAMBRANO, P. (2001), "La razón pública en John Ralws", *Anuario de Derecho de la Universidad la Coruña* (5).

——— (2004), *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político,* Buenos Aires, Ábaco.

——— (2005a), "Antipaternalismo y antiperfeccionismo en el pensamiento de John Rawls y Ronald Dworkin", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (113).

——— (2005b), "Sobre la noción política de persona en John Rawls", *Persona y Derecho*, (52).

——— (2009a), "El Derecho como práctica y como discurso, La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación", *Dikaion* (18).

——— (2009b), *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad,* México, UNAM.

——— (2009c), "Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia", *Persona y Derecho* (60).

——— (2012), "L'orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali: un approccio su tre livelli a partire dal caso dell'aborto", *Ars Interpretandi Universidad de Pádova* (1).

AUTORES

Óscar Mejía Quintana. Doctor en filosofía política por la Pacific Western University, y doctor en filosofía del derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Cursó estudios de maestría en Pacific Western University. Filósofo en la Universidad Nacional de Colombia. Entre sus publicaciones se encuentran *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia* (2011) y *Cultura política, sociedad global y alienación* (2009).

José Benjamín Rodríguez Iturbe. Doctor en derecho y en derecho canónico por la Universidad de Navarra. Abogado de la Universidad Central de Venezuela. Es profesor titular de Historia de las ideas y del Pensamiento político y de Teoría política clásica en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Entre sus publicaciones se encuentran los libros *Maquiavelo y el maquiavelismo* (2011), *Tucídides: orden y desorden* (2012) y *Tocqueville y su tiempo* (2015).

Jesús Rodríguez Zepeda. Doctor en filosofía moral y política por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Hizo estudios de licenciatura y maestría en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Es profesor investigador del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma Metropolitana en Iztapalapa, coordinador general de la Maestría y Doctorado en Humanidades de esta universidad y coordinador de la línea de Filosofía moral y política del mismo posgrado, es investigador nacional, nivel III, en el Sistema Nacional de Investigadores. Entre sus publicaciones destacan: *Iguales y diferentes. La discriminación y los retos de la democracia incluyente* (2011); *Democracia, educación y no discriminación* (2011); (con Tatiana Rincón-Covelli), *La justicia y las atrocidades del*

pasado. Teoría y análisis de la justicia transicional (2012) y (con Teresa González Luna), *La construcción de una razón antidiscriminatoria. Estudios normativos y analíticos sobre la igualdad de trato* (2014).

Jorge Giraldo Ramírez. Doctor y Magister en filosofía por la Universidad de Antioquia. Licenciado en filosofía e historia por la Universidad Santo Tomás de Aquino. Es profesor y decano de la Escuela de Ciencias y Humanidades de la Universidad EAFIT. Entre sus publicaciones se destacan los libros *El rastro de Caín: guerra, paz y guerra civil* (2001), *Guerra civil posmoderna* (2009) y *Las ideas en la guerra* (2015).

Juan Fernando Córdoba Marentes. Doctor en derecho por la Universidad Austral de Argentina. Abogado por la Universidad de La Sabana, con estudios en derechos de autor de la maestría en la Universidad de Queensland, así como en la especialización de derecho de las telecomunicaciones en la Universidad Externado de Colombia. Es decano de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

José Olimpo Suárez. Doctor en Filosofía contemporánea por la Universidad Pontificia Bolivariana e investigador del CSIC de Madrid. Magister en filosofía por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Licenciado en filosofía por la Universidad Nacional de Colombia. Entre sus publicaciones se destacan los libros *Richard Rorty: el neopragmatismo norteamericano* (2005) y *Critica a la razón en la filosofía del siglo XX* (2006).

Iván Garzón Vallejo. Doctor en ciencias políticas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Abogado por la Universidad Pontificia Bolivariana, donde también cursó estudios en filosofía. Es profesor asociado y director del programa de Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Entre sus publicaciones se destacan los libros *La religión en la razón pública* (2014), *Del comunismo al terrorismo. La contención en el mundo de la posguerra fría* (2008) y *Bosquejo del laicismo político* (2006).

JOAQUÍN MIGLIORE. Doctor en ciencias jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Es profesor titular de filosofía en la Universidad Austral, y de filosofía en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Entre sus publicaciones destacan *Aportes y momentos. Participación ciudadana en tiempos de recuperación democrática: Iglesia y comunidad nacional* (1981); *Educación y proyecto de vida. Congreso Pedagógico Nacional* (1984), *Suárez y la formación del pensamiento político en Inglaterra durante el siglo XVII* (2010) e *Introducción a John Rawls* (2002).

PILAR ZAMBRANO. Doctora en derecho por la Universidad de Navarra. Licenciada en derecho de la Universidad Católica Argentina. Es investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina) y del Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra. Entre sus publicaciones se destacan los libros *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*: *una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad* (2009) y *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político* (2005).

John Rawls: Justicia, liberalismo y razón pública, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 23 de marzo de 2016 en los talleres de Arte Gráfico y Sonoro, Agys Alevin, S. C., Retorno de Amores 14-102, colonia Del Valle, delegación Benito Juárez, 03100 Ciudad de México, tel. 5523 1151. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).